



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1417 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Diapath S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Pennacchio, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Camerlingo in Milano, via S. Maria alla Porta 2

contro

l'Azienda ospedaliera Ospedale di Lecco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Rocco Mangia, presso cui è elettivamente domiciliata in Milano, corso Magenta 45

nei confronti di

Bio-Optica Milano S.p.A., non costituita in giudizio

per l'annullamento

- della delibera n. 303 del 24 marzo 2010 dell'Azienda ospedaliera "Ospedale di Lecco", con la quale è stata definitivamente aggiudicata alla ditta Bio - Optica S.p.A. la " fornitura di alcoli denaturati chiarificati 95° e 99° occorrenti alla Struttura complessa di Anatomia Patologica dell'Azienda Ospedaliera Provinciale di Lecco";
 - della nota a firma del direttore del Servizio acquisti della citata Azienda ospedaliera del 19 maggio 2010, trasmessi via fax in pari data, con la quale è stato comunicato alla ricorrente l'esito della gara *de quo* e gli estremi del provvedimento che precede;
 - di tutti i verbali di gara nella parte in cui abbiano ritenuto ammissibile l'offerta della Bio - Optica S.p.A. e aggiudicato la gara; nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente a subentrare nel contratto d'appalto stipulato dalla Bio - Optica S.p.A e, in subordine, al risarcimento dei danni subiti;
- <domande di cui al ricorso principale>
- della determinazione a firma del Direttore Generale dell'Azienda ospedaliera "Ospedale di Lecco" n.649 del 12 luglio 2010, con la quale è stata disposta la revoca di tutti gli atti di gara per la 'fornitura di alcoli denaturati chiarificati 95° e 99° occorrenti alla Struttura complessa di Anatomia Patologica dell'Azienda Ospedaliera Provinciale di Lecco - ivi comprese le deliberazioni n. 432 del 29 aprile 2009, n. 612 del 30 giugno 2009 e n. 303 del 24 marzo 2009 - e preannunciata l'indizione di nuova gara;
 - della nota a firma del Direttore della S.c. di Anatomia Patologica

della medesima Azienda Ospedaliera del 25 giugno 2010, acquisita al protocollo dell'ente in data 8 luglio 2010 al n. 26228/10;

- di tutti i provvedimenti preordinati, connessi e consequenziali, ivi compresi tutti gli atti di indizione della nuova gara;

< atti impugnati con i motivi aggiunti >.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedale di Lecco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con il ricorso in epigrafe sono impugnati l'aggiudicazione definitiva e tutti gli atti ad essa preordinati, come analiticamente elencati, relativi alla procedura negoziata per cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163, indetta dall'Azienda ospedaliera "Ospedale di Lecco" il 29 aprile 2009 per la fornitura di alcoli denaturati chiarificati 95° e 99° occorrenti alla Struttura complessa di Anatomia Patologica dell'Azienda.

Alla gara, pur essendo state invitate 7 ditte, hanno partecipato soltanto Bio -Optica S.p.A., risultata aggiudicataria, e Diapath S.p.A.

Con l'unico motivo di ricorso è stata dedotta la violazione della *lex*

specialis di gara, segnatamente dell'art. 4 del capitolato speciale indicante le "caratteristiche dei prodotti offerti", che richiede espressamente che la sostanza denaturante contenuta negli alcoli offerti "dovrà essere presente in una percentuale non superiore all'8% (otto per cento)", avendo l'aggiudicataria offerto due miscele con percentuale di denaturante superiore al 30%.

All'atto della costituzione in giudizio, l'Azienda ospedaliera ha depositato documentazione ed ha chiesto pronunciarsi declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che, dopo aver ricevuto la diffida della difesa di Diapath S.p.A., contenente la richiesta di revoca dell'aggiudicazione a Bio - Optica S.p.A. e di aggiudicazione in proprio favore, ha avviato (con nota del 25 giugno 2010) e concluso (con nota del 12 luglio 2010) il procedimento di revoca dell'aggiudicazione e dell'intera procedura deliberando, altresì, l'indizione di nuova gara.

A fronte di tali sopravvenuti provvedimenti, alla camera di consiglio del 14 luglio 2010, la ricorrente ha chiesto rinvio per proporre motivi aggiunti, che ha poi ritualmente notificato in data 27 settembre 2010, con i quali ha impugnato il citato provvedimento del 12 luglio 2010 che ha revocato l'intera gara, anziché la sola aggiudicazione in favore di Bio - Optica S.p.A., deducendo difetto di motivazione, carenza dei presupposti, eccesso di potere per illogicità e sviamento.

In sintesi la ricorrente contesta sia la sussistenza del dichiarato pubblico interesse a indire una nuova gara, sia la sufficienza della motivazione sul punto, osservando che quella esplicitata non sarebbe

idonea a sorreggere l'adottata revoca dell'intera gara; né, secondo la ricorrente, alle denunciate mancanze potrebbe sopperire la scarna nota del Direttore della S.c. di Anatomia Patologica del 25 giugno 2010 (unico atto posto a base della revoca), in cui si afferma che anche prodotti con maggiore sostanza denaturante sono idonei per le esigenze aziendali (quindi anche quello offerto da Bio - Optica S.p.A.) e che ciò consentirebbe un notevole risparmio di spesa.

Resiste a tali censure l'Azienda ospedaliera, affermando che il pubblico interesse alla revoca della gara risiederebbe appunto nell'evidente risparmio di spesa che potrebbe conseguirsi, acquistando un prodotto con caratteristiche differenti, osservando, inoltre, che, in mancanza della stipula del contratto, né Bio -Optica S.p.A., né Diapath S.p.A. - le cui posizioni, con riferimento alla gara revocata, non si erano ancora consolidate - potrebbero ritenersi vulnerate, ben potendo le stesse far valere la rispettiva *chance* di aggiudicazione nel corso della nuova procedura di gara indetta col medesimo provvedimento, il 12 luglio 2010, ed in concreto avviata con deliberazione del Direttore Generale n. 800 del 9 settembre successivo.

Alla camera di consiglio dell'11 novembre 2010, dopo ampia discussione ed avvisate le parti della possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento nei termini di seguito esplicitati.

Dalla lettura della documentazione in atti emergono alcuni dati certi, anche perché non contestati, che possono così schematizzarsi:

- l'Azienda ospedaliera ha indetto una gara per la fornitura di alcoli, nella cui composizione la sostanza denaturante non doveva superare la percentuale dell'8% (art. 4 del c.s.a. - doc. 3 del fascicolo della ricorrente), da destinare alla Struttura complessa di anatomia patologica ed ha invitato sette ditte;

- hanno partecipato alla gara solo due concorrenti (cfr. doc. 2 del fascicolo dell'Azienda ospedaliera) le cui offerte, all'esito della procedura condotta ai sensi del regolamento di gara (doc. 4 della ricorrente), sono risultate entrambe idonee: Bio - Optica S.p.A. che ha offerto due miscele contenenti sostanza denaturante in misura del 35% (superiore di 27 punti percentuali alla soglia massima richiesta) e Diapath S.p.A. che ha offerto miscele contenenti sostanza denaturante in misura del 4% (inferiore di 4 punti percentuali al tetto massimo fissato - cfr. verbale dell'11 febbraio 2010 - doc. 1 id.);

- Bio - Optica S.p.A. ha conseguito l'aggiudicazione avendo, la commissione di gara, ritenuto il prodotto offerto comunque idoneo (cfr. doc. 5 dell'Azienda);

- ricevuta la diffida di Diapath S.p.A. l'Azienda ha, tuttavia, avviato e concluso il procedimento di revoca nelle more del quale è stato instaurato il presente giudizio.

2.1. Ragioni di ordine logico impongono di esaminare con precedenza i motivi aggiunti con i quali la ricorrente denuncia l'illegittimità del provvedimento del 12 luglio 2010, che ha revocato l'intera gara e

approvato l'indizione di una nuova procedura; ciò in quanto l'eventuale infondatezza di questi determinerebbe l'improcedibilità del ricorso introduttivo (cfr.: Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4536; più di recente T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 27 gennaio 2010, n. 96).

Il provvedimento di revoca, mutuando le osservazioni del Direttore della Struttura Complessa di Anatomia Patologica del 25 giugno 2010, si fonda sull'assunto che alcoli con una percentuale maggiore di sostanza denaturante, anche pari a quella offerta da Bio - Optica S.p.A. (35%), sarebbero egualmente idonei all'uso cui sono destinati e che, essendo la maggiore percentuale di denaturante incidente in modo inversamente proporzionale sul prezzo, con l'acquisto di prodotti dell'ultimo tipo l'Azienda conseguirebbe un notevole risparmio di spesa.

In ciò l'Amministrazione ravvisa un oggettivo interesse pubblico, anche considerata la necessità di contenimento della spesa pubblica sanitaria, per procedere alla revoca degli atti di gara e all'indizione della nuova procedura in cui richiedere prodotti con caratteristiche di minor pregio.

Nel corpo del provvedimento si da atto, altresì, che "il provvedimento di aggiudicazione della gara ... è stato impugnato con ricorso al TAR, con il quale è stata, non senza fondamento, messa in discussione la legittimità dell'atto" (doc. 5 dell' Azienda, pag.2. 3° considerato).

Nella fattispecie rileva il Collegio che non è in contestazione

l'esistenza del potere di revoca in capo all'Amministrazione, essendone stato denunciato il cattivo uso, ossia il suo esercizio in assenza dei presupposti legittimanti: l'interesse pubblico alla revoca e la motivazione su di esso addotta, da valutarsi alla stregua della regola per cui la potestà di ritiro, prevista dall'art. 21^{quinq}ues, della L. 7.8.1990, n. 241, deve trovare fondamento nel principio costituzionale di buon andamento che impegna l'Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 14 settembre 2010, n. 3459).

Nella casistica giurisprudenziale la legittimità della revoca è ravvisata esemplificativamente quando l'Amministrazione adduca elementi giustificativi riferiti all'esigenza di meglio coordinare il servizio posto in gara con il contemporaneo avvio di un progetto parallelo (T.A.R. Puglia Bari, n. 3459/2010 cit.) ovvero a “ragioni tecniche nell'organizzazione del servizio attinenti, il riassetto societario, la volontà di provvedere in autoproduzione e non mediante affidamenti esterni, la necessità di consentire attraverso tale scelta organizzativa un maggior assorbimento di personale in un quadro di attività concertate in sede sindacale mirante alla valorizzazione del personale interno” (Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997).

Si tratta, in altri termini, di profili attinenti al merito dell'azione amministrativa e di conseguenza insindacabili da parte del giudice, in assenza di palesi e manifesti indici di irragionevolezza alla luce del costante indirizzo del giudice amministrativo, i cui termini restano peraltro da saggiare in relazione alla sopravvenuta disciplina

comunitaria quanto al rilievo dell'interesse pubblico in tema di autotutela e di cui in seguito si dirà.

Nel caso di specie, peraltro, ogni potenziale dubbio si dilegua, ove si consideri che non sono state addotte ragioni inerenti a scelte tecnico - organizzative, fondandosi il provvedimento esclusivamente sul possibile conseguimento di un risparmio di spesa, "possibilità" quest'ultima che prende corpo non già a causa di elementi sopravvenuti e non prevedibili, bensì sulla base di una nota del Direttore della Struttura Complessa, al cui uso i prodotti da acquisire sono destinati; dal che consegue l'ovvio precipitato che, adottando l'ordinaria diligenza, l'Amministrazione ben avrebbe potuto acquisire tali dati basilari prima di indire la gara e, dunque, prima di ingenerare l'affidamento delle concorrenti nel fatto che all'Azienda necessitasse di "quel tipo" di prodotto.

Manca, quindi,, la sopravvenienza di nuovi elementi di fatto e di diritto, trattandosi nella specie di un mero ripensamento del proprio operato, con cui l'Azienda denota di non avere effettuato, nel rispetto anche dell'art. 11, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, una accorta ponderazione delle proprie esigenze organizzative prima di rivolgersi al mercato (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 28 luglio 2010, n. 9011).

Per questo aspetto il Collegio ritiene significativo dover richiamare in ogni caso il principio di derivazione comunitaria per cui, in caso di annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, gli interessi economici affidati alla cura dell'Amministrazione non possono essere presi in considerazione come esigenze imperative né in sede di

esercizio dell'autotutela e dunque di revoca dell'aggiudicazione, né ai fini del travolgimento del contratto, se non in presenza di circostanze eccezionali e conseguenze sproporzionate, il che riduce sensibilmente l'area conservata alla riserva amministrativa con contestuale incremento della soglia della tutela da garantire al soggetto che abbia confidato nella retta gestione di una procedura ad evidenza pubblica; rispetto a quest'ultima, infatti, il bene della vita, ove fondatamente rivendicato, coincide senza riserve con l'aggiudicazione a proprio favore dell'indetta gara, per cui l'accertata invalidità di quest'ultima, che sia accolta in sede giurisdizionale, consegue direttamente all'accertamento della fondatezza della pretesa avanzata in giudizio nei termini di un adempimento direttamente scaturente dall'applicazione della disciplina di gara..

Invero, come predicato al 23° considerando della direttiva 2007/66/CE (che ha modificato la direttiva 92/13/CEE), recepita con D.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi (il principio è attualmente trasposto nell'art. 121, comma 2, del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, con cui è stato introdotto il codice del processo amministrativo, che ha sostituito l'art. 245*bis* del codice dei contratti).

Per le ragioni fin qui illustrate l'impugnato provvedimento del 12 luglio 2010 di revoca dell'intera gara e di approvazione dell'indizione di una nuova procedura, è dunque, illegittimo e, pertanto, va annullato, muovendo da un presupposto, la sussistenza dell'interesse

pubblico a conseguire un prodotto più conveniente con minori oneri finanziari, che è oggi privo di ogni riconoscimento nel sopravvenuto quadro normativo di riferimento.

2.2. La fondatezza delle censure dedotte con i motivi aggiunti determina conseguentemente la persistenza dell'interesse della ricorrente alla decisione del ricorso introduttivo, con il quale Diapath S.p.A. ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore di Bio - Ottica S.p.A. che a suo dire sarebbe stata passibile di esclusione per aver presentato un'offerta priva dei requisiti minimi di ammissibilità come previsto dalla lett. D del regolamento di gara.

La detta censura si appunta sul dato non contestato che, mentre l'art. 4 del capitolato speciale richiede, con formula inequivoca, che “la sostanza denaturante dovrà essere presente in una percentuale non superiore all'8% (otto per cento)”, l'aggiudicataria ha offerto alcoli con denaturante in misura del 35% e dunque un palese *aliud pro alio*.

In realtà l'art. 4 non indica espressamente che detta percentuale massima di denaturante sia un requisito richiesto a pena di inammissibilità, ma dalla formulazione lessicale dell'intera disposizione in esso contenuta si ricava agevolmente come la previsione di quel tetto massimo non ammetta equipollenti o deroghe.

Invero nel corpo della citata disposizione, mentre vi sono altre caratteristiche dei prodotti in ordine alle quali la *lex specialis* si esprime in termini solo preferenziali (es. “l'alcool dovrà essere *il più chiaro possibile* e privo di elementi o impurità”) ovvero in termini soltanto

qualitativi (es. “non verranno *valutati positivamente* prodotti denaturanti contenenti alcool metilico, anche in tracce, o emananti odori sgradevoli”), viceversa la percentuale di sostanza denaturante richiesta appare puntuale e tassativa, tanto da essere scritta anche in lettere, conclusione che appare comprovata per l’interprete anche per il fatto che non è stata aggiunta, in ipotesi, una formula del tipo “non verranno *valutati positivamente* alcoli con denaturanti in percentuale superiore”.

Deve, pertanto, concludersi che l’indicata percentuale di denaturante sia un requisito dell’offerta richiesto a pena di inammissibilità, tenuto anche conto che l’essenzialità di tale requisito, ai fini della gara appare ricavabile dalla condotta tenuta *ex post* dall’Amministrazione.

Va, infatti osservato: che il “ripensamento” compiuto ha tratto *l’incipit* dalla diffida di Diapath S.p.A. del 1 giugno 2010, che è circostanziata sul punto e che non adombra altri profili di illegittimità delle operazioni di gara; che nel corpo dell’atto di revoca del 12 luglio 2010, essa riconosce la fondatezza del prodotto ricorso, anch’esso limitato alla censura afferente il mancato rispetto della percentuale di denaturante nell’offerta dell’aggiudicataria; che, infine, ha posto a base della revoca la possibilità di realizzare economie di spesa, acquisendo un prodotto senza l’indicata caratteristica tecnica.

Ne discende che l’offerta di Bio - Ottica S.p.A., proprio in quanto priva di un requisito da ritenersi essenziale ai fini dell’ammissibilità fissato dalla *lex specialis*, al cui rispetto l’Amministrazione si era autovincolata, sarebbe dovuta essere esclusa con la conseguenza che

L'offerta dell'istante sarebbe rimasta unica in gara con la fondata aspettativa di conseguire l'aggiudicazione in difetto di diversi elementi ostativi.

Va rammentato in proposito che, sebbene la procedura di cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. b. del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sia esclusa dall'applicazione delle norme del codice dei contratti, i relativi procedimenti, tuttavia, ai sensi del comma 14 della stessa norma, vanno comunque svolti nel rispetto dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal codice.

Ne discende che il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato, priva di rilevanza pubblicistica, giacché le regole procedurali, anche minime, che l'Amministrazione si sia data per concludere il relativo contratto, la vincolano al rispetto delle stesse in ossequio ai principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295), essendo i corollari dell'art. 97 cost. (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2010, n. 1652).

2.3. Per dovere di completezza il Collegio osserva ancora che a conclusioni non difformi si giungerebbe anche qualora si considerasse detto requisito come non stabilito a pena di inammissibilità, ma soltanto suscettibile di valutazione negativa o comunque meno favorevole di altre offerte.

Soccorre sotto questo profilo la lettura della lett. I del regolamento di

gara recante i criteri motivazionali, che, nella parte riguardante le “schede tecniche dei prodotti offerti e valutazione della campionatura”, prevede: “...verrà valutata l’effettiva corrispondenza delle peculiarità degli stessi (caratteristiche merceologiche, tecniche, qualitative) alla prescrizioni del capitolato speciale. Si determineranno, pertanto, le votazioni sulla base del grado di rispondenza (insufficienza grave, insufficienza lieve, coerenza sufficiente, apprezzabile qualità, eccellente qualità) rispetto alle caratteristiche previste dal capitolato speciale. Si esprimerà, quindi, una valutazione inferiore alla sufficienza per prodotti che non corrispondono in pieno alle caratteristiche descritte nel capitolato speciale e alle peculiarità sopra indicate, graduando tale voto tra 4 e 5 per le insufficienze lievi, tra 1 e 3, per le insufficienze gravi. Per i prodotti con caratteristiche di idoneità, la valutazione sarà espressa tra un minimo di 6 e un massimo di 7, se con peculiarità appena coerenti, con votazione da 8 a 9 per peculiarità corrispondenti in modo apprezzabile e con eventuali caratteristiche aggiuntive e, infine, con un voto pari a 10 se rispondenti in modo eccellente e con significative caratteristiche aggiuntive” (cfr. doc. 3 ricorrente, pag. 10).

Alla luce dei suddetti parametri appare evidente che l’offerta di Bio - Optica S.p.A. non sarebbe potuta rientrare tra “i prodotti con caratteristiche di idoneità” cui attribuire un voto minimo di 6, come è in effetti avvenuto, ma sarebbe dovuta essere ricompresa tra i “prodotti che non corrispondono in pieno alle caratteristiche descritte nel capitolato speciale” e che presentano “insufficienze gravi”, con la

conseguenza che la stessa, ai parametri “schede tecniche” e “campionatura”, non avrebbe potuto conseguire un voto superiore a 3 per ciascuna voce.

Così operando, in applicazione della formula prevista dalla lett. H del regolamento di gara, essa avrebbe ottenuto un voto ponderato medio di 3,5 (anziché di 6,45) con un punteggio finale di 18,33 (anziché di 33,77) che, sommato al punteggio attribuito all’offerta economica, l’avrebbe vista collocarsi al secondo posto dietro la ricorrente (cfr. verbale 11 febbraio 2010, pag. 3).

Per quanto precede anche il ricorso principale è fondato e va accolto e, per l’effetto, va annullata l’aggiudicazione in favore di Bio - Ottica S.p.A. e va statuito l’obbligo dell’Amministrazione di concludere la procedura di gara indetta con deliberazione n. 432 del 29 aprile 2009 con aggiudicazione, nel rispetto dei presupposti di legge, in favore di Diapath S.p.A..

3. Le spese, nei confronti dell’Amministrazione, seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo; quanto alla controinteressata si ritiene di non dover provvedere in considerazione sia della mancata costituzione in giudizio sia della mancata impugnazione, anche solo incidentale, degli stessi atti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto annulla gli atti impugnati nei termini e per

gli effetti di cui in motivazione.

Condanna la parte resistente alla rifusione, in favore della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila), oltre rimborso forfetario del 12,5% delle spese generali da computarsi su diritti e onorari, degli oneri previdenziali e fiscali come per legge; nulla per la controinteressata non costituita.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2010

IL SEGRETARIO

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