



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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 812 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Societa' Officina Tecnica Ortopedica Sanitaria Srl - Otos, rappresentato e difeso
dagli avv. Daniela Anselmi, Carlo Lenzetti, Rossana Brandolin, con domicilio
eletto presso Daniela Anselmi in Genova, via Corsica, 21/18;

contro

Azienda Sanitaria Locale N. 5 Spezzino, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi
Cocchi, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Sapiolife Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rosaria Ambrosini, Carlo
Iavicoli, con domicilio eletto presso Carlo Iavicoli in Genova, via Ss. Giacomo e
Filippo, 19/5;

per l'annullamento

PROVVEDIMENTO AVENTE AD OGGETTO "PROCEDURA
RISTRETTA PER LA FORNITURA DI AUSILI PER DISABILI, RESIDENTI

NEL TERRITORIO DI COMPETENZA ASL N. 5 SPEZZINO, DI CUI AGLI ELENCHI 1 (A TITOLO SPERIMENTALE), 2, 3, DEL D.M. 332/99 E SERVIZIO MANUTENZIONE E MAGAZZINAGGIO AUSILI PER UN PERIODO DI TRE ANNI. COMUNICAZIONE EX ART. 79 COMMA 5 LETT. B) D.LGS. 163/2006"

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale N. 5 Spezzino e di Sapiolife Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2011 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato il provvedimento d'esclusione dalla procedura ristretta per la fornitura di ausili per disabili, residenti nel territorio di competenza ASL 5 Spezzino, di cui agli elenchi 1 (a titolo sperimentale), 2 e 3 d.m. 332/99 e servizio manutenzione e magazzinaggio ausili per un periodo di tre anni.

In narrativa dell'atto introduttivo si premette che:

la ricorrente, superata la fase di prequalificazione, è stata formalmente invitata a partecipare alla procedura di selezione;

presentata l'offerta, articolata in tre buste separate contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa, quella tecnica e l'offerta c.d. economica, la Commissione giudicatrice comunicava verbalmente la non ammissione;

la formale esclusione si fondava sulla non conformità dell'offerta a quanto previsto dall'art. 9 del capitolato speciale;

la norma del capitolato appena richiamata, lungi dal tipizzare i casi d'esclusione, disciplina piuttosto l'attribuzione dei punteggi sicché, l'asserita non conformità doveva tradursi – sottolinea la ricorrente – nella determinazione del punteggio con riguardo alla specifica dichiarazione.

Conseguenti le censure articolate in specifici motivi d'impugnazione, segnatamente:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 9 del Capitolato speciale d'appalto.

Violazione dell'art. 5 del regolamento di gara. Violazione dell'art 3 l n. 241/90. eccesso di potere sotto vari profili;

Violazione stesse norme sotto altro profilo;

Con due separati ricorsi contenenti motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato gli atti della procedura di gara con riguardo sia alle modalità di svolgimento delle operazioni che alla composizione della Commissione esaminatrice.

La stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria si sono costituiti in giudizio instando per la reiezione del ricorso principale e l'inammissibilità di quelli contenenti motivi aggiunti.

Respinta la domanda incidentale di tutela cautelare (ord. n. 425 del 2010), alla pubblica udienza del 7.04.2011 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

È impugnato il provvedimento d'esclusione dalla procedura ristretta per la fornitura di ausili per disabili, residenti nel territorio di competenza ASL 5 Spezzino, di cui agli elenchi 1 (a titolo sperimentale), 2 e 3 d.m. 332/99 e servizio manutenzione e magazzinaggio ausili per un periodo di tre anni, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa

La ricorrente si duole del fatto che l'art. 9 del Capitolato speciale, sulla cui violazione la stazione appaltante ha fondato l'esclusione, disciplina l'attribuzione dei punteggi: sicché l'offerta tecnica nella parte in cui s'impegnava a "garantire la fornitura dei prodotti e di ritenerci liberi di fornire, alle stesse condizioni economiche, presidi alternativi con le caratteristiche da nomenclatore tariffario (D.M. 332/99) di altre primarie ditte nazionali ed estere, se impossibilitati da motivi contingenti, al posto delle schede tecniche inviatoVi .." non incorrerebbe in alcuna causa espressa d'esclusione.

Del resto, aggiunge la ricorrente, sul piano sostanziale, ossia in ordine alla contestata non conformità dell'offerta tecnica a quanto richiesto dal capitolato (art. 2) il contenuto di essa corrisponderebbe a quanto richiesto, discostandosene solo (formalmente) per l'utilizzo di espressioni verbali diverse.

Il ricorso principale è infondato.

La fornitura dei dispositivi protesici, oggetto di gara, ai sensi dell'art. 2 del Capitolato speciale era circoscritta ed esattamente individuata ob relationem: i dispositivi dovevano presentare i requisiti tecnici previsti agli artt. 1, 2 e 3 del d.m. 332 del 1999: l'assenza, recita testualmente la norma del capitolato, "anche di uno solo dei requisiti minimi determina l'esclusione della ditta offerente dalle procedure di gara"; ed, ancora, "ciascun ausilio deve essere provvisto della Certificazione del marchio CE e corredato da materiale e/o foglio illustrativo".

Sicché, di fatto, contrariamente a quanto argomentato sul punto dalla ricorrente, la sua dichiarazione nella parte in cui offre "presidi alternativi" si traduce nella presentazione di un'offerta non conforme a quanto espressamente richiesto.

A tacere d'altro, impinge inoltre nella violazione del combinato disposto di cui agli artt. 2 del regolamento di gara e 9 del capitolato laddove non ammette,

sanzionandone l'esclusione, "le offerte parziali o condizionate o espresse in modo indeterminato".

A riguardo è significativo il fatto che la vicenda all'esame riproduce la medesima controversia che ha avuto quale parte ricorrente l'Associazione delle imprese di settore (FIOTO).

In quel contenzioso, definito con sentenza di rito di questo Tar (sez. II, n. 3773 del 2009) l'Associazione si doleva del fatto che i presidi avrebbero dovuto essere liberamente forniti dalle imprese di settore, senza il vincolo scaturente dalla conformità ai requisiti tecnici previsti dalle norme del d.m. cit.

Questione che, nel contenuto sostanziale – è bene sottolineare – è già stata sottoposta al riscontro giurisdizionale: l'indirizzo ermeneutico emerso avalla quello fatto proprio dall'ASL resistente nella parte in cui ha circoscritto l'oggetto dell'offerta alla conformità dei presidi ai requisiti previsti dalla disciplina recata dal D.M. 332/1992 (cfr., Cons. St., sez. V 1353 del 2008; TAR Lazio – Roma , sez III, n. 1067 del 2006).

Venendo ad altro profilo delle censure, **non può dirsi affatto violata la libera concorrenza di cui sarebbe espressione, a detta della ricorrente, la facoltà di offrire presidi alternativi a quelli espressamente richiesti.**

Il capitolato non prescrive affatto un tipo specifico di prodotto sanitario bensì il possesso dei requisiti tecnico-sanitarii predefiniti dalla disciplina generale del settore, di guisa che, la sola possibilità di prescindere da essi, oltre ad alterare, essa sì, la pari concorrenzialità delle offerte poiché quella economica è ragguagliata agli standards tecnici del prodotto, sarebbe altresì foriera di potenziali rischi per la salute degli utilizzatori.

Conclusivamente il ricorso principale è infondato.

Sono invece inammissibili i due ricorsi contenenti motivi aggiunti che impugnano gli atti riguardanti le modalità di svolgimento delle operazioni di gara e la composizione della Commissione esaminatrice.

S'è da ultimo chiarito che l'impresa esclusa dalla procedura di gara non possiede neanche la legittimazione attiva all'impugnativa degli atti riguardanti lo svolgimento delle operazioni di gara.

Che la legittimazione al ricorso presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della finzione svolta all'amministrazione o da un soggetto ad essa equiparato. Che, con riferimento all'impresa esclusa dalla procedura d'evidenza pubblica, ossia per quanto ne occupa, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione d'accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante (cfr. Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4).

Le spese di causa seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, dichiarando inammissibili i ricorsi contenenti motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore dell'ASL n. 5 Spezzino e della società controinteressata costituitasi in giudizio che si liquidano in complessivi 4000,00 (quattromila) euro da dividersi fra loro in parti uguali.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2011

IL SEGRETARIO

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