



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 916 del 2010, proposto da:
Abbott S.r.l. in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio
eletto presso Leonardo Limberti in Firenze, viale Galileo Galilei n. 32;

contro

ESTAV Centro - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area
Vasta in persona del Direttore in carica, rappresentato e difeso
dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo Studio Legale
Lessona in Firenze, via dei Rondinelli 2;

nei confronti di

Roche Diagnostics s.p.a. in persona del procuratore in carica,
rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Alessandra Bazzani,
Federico De Meo e Jacopo Recla, con domicilio eletto presso
Federico De Meo in Firenze, via dell'Oriuolo 20;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale n. 199 del 6.04.2010, successivamente notificato, recante aggiudicazione definitiva alla Roche Diagnostic S.p.A. della procedura aperta, ai sensi del D.Lgs n. 163/2006, per la fornitura in service di un sistema analitico per biologia molecolare in real time ad uso diagnostico, per la ricerca quantitativa degli acidi nucleici di HBV, HCV, HIV 1 occorrente ai Laboratori delle Aziende Sanitarie e Ospedaliere Universitarie dell'Area Vasta Centro della Regione Toscana;

di tutti i verbali della Commissione di gara;

della documentazione allegata ai suddetti verbali;

del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale;

di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto ove già sottoscritto con la società aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Centro - Ente Per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta e di Roche Diagnostics s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2011 il dott.

Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera del Direttore Generale 2 febbraio 2010, n. 34, l'Ente per i Servizi Tecnico-amministrativi di Area Vasta ESTAV Centro (nel testo: "ESTAV") ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura in service di un sistema analitico per biologia molecolare in *real time* ad uso diagnostico, al fine della ricerca quantitativa degli acidi nucleici di HBV, HCV e HIV1, per la durata di cinque anni con possibilità di proroga fino a un massimo di sei mesi. Alla procedura hanno partecipato tre concorrenti, una delle quali è stata esclusa nel corso della gara, e l'aggiudicazione è stata disposta a favore dell'impresa Roche Diagnostics s.p.a. L'impresa Abbott s.r.l., seconda classificata, ha allora impugnato gli atti di gara con il presente ricorso, notificato il 27 maggio 2010 e depositato il 4 giugno 2010, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti ESTAV e Roche Diagnostics chiedendo l'inammissibilità e comunque la reiezione del ricorso nel merito. La controinteressata ha anche proposto ricorso incidentale, notificato il 14 giugno 2010 e depositato il 16 giugno 2010.

Con ordinanza n. 626 del 15 luglio 2010 è stata respinta la domanda incidentale di sospensione.

All'udienza dell'11 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia riguarda la legittimità delle valutazioni espresse dalla Commissione giudicatrice di una procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura in service di un sistema analitico per biologia molecolare in *real time* ad uso diagnostico.

1.1 La ricorrente, con primo motivo, evidenzia che la legge di gara, nell'ambito del punteggio massimo attribuibile alla qualità dei reagenti offerti dalle concorrenti, prevedeva alcuni sottocriteri tra cui "l'offerta di protocolli validati che utilizzino campioni biologici con volumi inferiori rispetto alla metodica standard". Detti protocolli dovevano essere validati secondo la normativa europea per i reagenti in vitro. Ebbene la Commissione ha attribuito un punto all'aggiudicataria su un protocollo che non possedeva validazione.

Sempre con il primo motivo la ricorrente si duole che, pur avendo offerto prodotti con dosaggi più sensibili rispetto alla controinteressata, nel subparametro "grado di sensibilità analitica superiore a quella indicata nelle caratteristiche fondamentali" ha ottenuto solo quattro punti mentre la controinteressata ne ha ottenuti cinque.

Con secondo motivo lamenta che l'aggiudicataria abbia offerto un costo pari a zero per il modulo strumentale "*docking station*" mentre il disciplinare prevedeva che non sarebbero state accettate offerte pari a

zero nei costi di locazione degli strumenti. L'offerta della controinteressata avrebbe quindi dovuto essere esclusa.

1.2 L'ESTAV replica che l'operato della Commissione sarebbe esente da vizi di ragionevolezza, e per quanto riguarda la *docking station* sostiene che si tratterebbe di un accessorio meccanico per l'automazione del sistema diagnostico, e non di uno specifico strumento con autonomia strutturale e funzionale.

1.3 La controinteressata eccepisce l'inammissibilità del ricorso perché sarebbe volto a sindacare valutazioni discrezionali della stazione appaltante e, inoltre, la ricorrente non fornirebbe una prova di resistenza in ordine al suo interesse alla definizione del gravame.

Nel merito replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente.

Con il ricorso incidentale sostiene che, anche in ipotesi di accoglimento del ricorso principale, egualmente la ricorrente non potrebbe risultare aggiudicataria poiché illegittimamente la stazione appaltante le avrebbe assegnato punteggi eccessivamente alti in alcuni parametri di valutazione delle offerte, e precisamente “protocolli validati che utilizzino campioni biologici con volumi inferiori rispetto alla metodica standard”; “grado di versatilità del sistema”, “identificazione positiva dei reagenti” e “reattivi pronti all'uso”.

2. La trattazione deve prendere le mosse dall'esame delle eccezioni di inammissibilità formulate dalla controinteressata.

Le eccezioni sono infondate.

2.1 La giurisprudenza ha da tempo stabilito che il sindacato del giudice amministrativo non è inibito a fronte di provvedimenti che

siano espressione di discrezionalità tecnica e non amministrativa. Entrambe queste tipologie attengono infatti ad una facoltà di scelta della pubblica amministrazione al fine di individuare i mezzi più idonei per il raggiungimento degli obiettivi di pubblico interesse che le sono affidati, utilizzando nel primo caso le scienze tecniche, e nel secondo i criteri della buona amministrazione.

L'insindacabilità della discrezionalità tecnica veniva nel passato fatta derivare dall'assunto che la stessa fosse attinente al merito amministrativo, ma si è successivamente verificato che nel suo ambito non si riscontra quella scelta comparativa fra interessi che costituisce l'elemento tipico del merito. Anche la discrezionalità tecnica, come quella amministrativa, implica infatti una facoltà di scelta in relazione agli strumenti da utilizzare per il soddisfacimento di interessi il cui bilanciamento è già stato effettuato nelle sedi competenti traducendosi nell'indicazione di determinati obiettivi da raggiungere, e pertanto non è affatto escluso che il giudice amministrativo possa valutare la congruenza e la logicità delle opzioni effettuate dal soggetto pubblico con l'utilizzo delle scienze tecniche, anche mediante la consulenza d'ufficio. Resta fermo il divieto di sostituirsi all'amministrazione nella scelta (da ultimo C.d.S. IV, 11 novembre 2010 n. 8023).

E' peraltro discutibile anche l'assunto secondo il quale la valutazione tecnico qualitativa dell'offerta presentata in una gara di appalto sia sempre espressione di discrezionalità tecnica, poiché l'apprezzamento della rispondenza tra la proposta contrattuale e le esigenze della

stazione appaltante può comportare valutazioni anche di discrezionalità amministrativa. Nell'un caso e nell'altro peraltro il giudice amministrativo potrà svolgere un controllo sulla correttezza della scelta effettuata dall'amministrazione limitatamente ai profili della manifesta illogicità ed irragionevolezza (C.d.S. V, 12 ottobre 2004 n. 6566; 28 marzo 2008 n. 1351).

2.2 La seconda eccezione è priva di pregio poiché la ricorrente, all'evidenza, otterrebbe un risultato utile dall'accoglimento sia del primo che del secondo motivo. L'accoglimento di quest'ultimo comporterebbe l'esclusione della controinteressata dalla procedura e la conseguente aggiudicazione del contratto pubblico in gara alla ricorrente; la fondatezza del primo motivo, non potendosi procedere ad una nuova valutazione delle offerte ormai aperte, determinerebbe la necessità di rieditare la gara con soddisfazione dell'interesse strumentale della ricorrente medesima.

3. La trattazione nel merito deve cominciare dal secondo motivo poiché riveste il maggior interesse per la ricorrente.

Il motivo è infondato poiché l'esame dell'offerta presentata dalla controinteressata evidenzia che la cosiddetta *docking station* non è un elemento che possiede autonomia nell'ambito della strumentazione proposta alla stazione appaltante, ma ha la funzione di collegare fisicamente tra loro due strumenti per automatizzarne il passaggio dei prodotti. Correttamente pertanto non ne è stato indicato un prezzo, che deve ritenersi ricompreso nella richiesta per questi strumenti.

Deve essere respinto anche il primo motivo di gravame.

Le contestazioni articolate in questo motivo investono le valutazioni della Commissione di gara in base alle quali essa ha attribuito alla controinteressata un punto, sui due disponibili, nel sottoparametro “prodotti che utilizzano campioni biologici con volumi inferiori rispetto alla metodica standard”, e il massimo di cinque punti a fronte dei quattro conseguiti dalla ricorrente nel sottoparametro “grado di sensibilità analitica superiore a quella indicata nelle caratteristiche fondamentali”.

Quanto alla prima censura, va evidenziato preliminarmente che il requisito della validazione non era richiesto a pena di esclusione. La Commissione, con una valutazione che non appare manifestamente irragionevole, su due punti disponibili per la sottovoce ne ha attribuito solo uno alla controinteressata stante la presenza di uno solamente dei due elementi richiesti, vale a dire l'utilizzo di campioni biologici con volumi inferiori rispetto alla metodica standard e non la validazione, mentre correttamente ha attribuito il massimo del punteggio alla ricorrente la cui offerta presentava entrambi i requisiti.

Quanto alla seconda censura, la Commissione ha rilevato nell'offerta della ricorrente un ottimo grado di sensibilità in relazione ad HBV e HCV, e un grado di sensibilità solo sufficiente relativamente ad HIV; nell'offerta della controinteressata ha invece rilevato un ottimo grado di sensibilità in relazione a tutti e tre tali elementi. Ragionevolmente pertanto sono stati attribuiti cinque punti alla controinteressata e quattro punti alla ricorrente nel sottoparametro in esame. Ancora una volta si tratta di una valutazione che non appare affetta da manifesta

irragionevolezza.

4. Per i motivi sopra esposti il ricorso deve essere respinto, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale.

Le spese di causa seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale come in epigrafe proposto e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali nella misura di € 3.000,00 (tremila/00), oltre a IVA e CPA, a favore di ciascuna parte resistente.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2011

IL SEGRETARIO

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