

N. 01131/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00954/2010 REG.RIC.
N. 00960/2010 REG.RIC.



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 Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 954 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Beckman Coulter S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Corrado Curzi e Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Manfredi in Torino, via della Misericordia, 3;

contro

Azienda Sanitaria Locale "No" di Novara, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Scaparone e Carla Zucco, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via S. Francesco d'Assisi, 14;

nei confronti di

Roche Diagnostics S.p.A. - Societa' Unipersonale, in persona del

legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Montanaro, Jacopo Recla e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via del Carmine, 2;
Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Bonatti e Claudio Vivani, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, corso Galileo Ferraris, 43;

sul ricorso numero di registro generale 960 del 2010, proposto da:
Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Vivani e Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, corso Galileo Ferraris, 43;

contro

Azienda Sanitaria Locale Asl "No" di Novara, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Scaparone e Carla Zucco, con domicilio eletto lo studio del primo in Torino, via S. Francesco d'Assisi, 14;

nei confronti di

Roche Diagnostics S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Montanaro, Jacopo Recla e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via del Carmine, 2;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 954 del 2010:

- della deliberazione n. 575 del 07.07.2010 del Direttore Generale dell'ASL di Novara, con la quale si aggiudica in via definitiva alla ditta Roche Diagnostics S.p.a. la gara a procedura aperta per la fornitura in service di service di sistemi analitici per l'esecuzione degli esami inerenti i settori diagnostici del laboratorio analisi dell'ASL NO - aggiudicazione lotto n. 2: area siero;
- della deliberazione n. 368 del 20 aprile 2010 del Direttore Generale dell'ASL di Novara, con la quale viene nominata la Commissione di gara a procedura aperta per la fornitura in service di service di sistemi analitici per l'esecuzione degli esami inerenti i settori diagnostici del laboratorio analisi dell'ASL NO;
- del verbale di verifica della documentazione amministrativa del 14 aprile 2010;
- del verbale n. 2 della Commissione giudicatrice di valutazione delle offerte tecniche datato 27.04.2010;
- del verbale di apertura delle offerte economiche e di aggiudicazione provvisoria del 12.05.2010;
- di tutti i verbali della Commissione giudicatrice;
- del bando di gara (pubblicato sulla G.U.C.E. n. 2010/S 39996 del 10.02.2010) e del capitolato speciale di gara con cui è stata indetta procedura aperta per la fornitura in service di sistemi analitici per esami diagnostici del laboratorio di analisi dell'ASL di Novara;
- di ogni atto presupposto, connesso e conseguente se ed in quanto

lesivo degli interessi della ricorrente;

- del contratto di fornitura ove nelle more stipulato..

quanto al ricorso n. 960 del 2010:

- della deliberazione del direttore generale della Azienda sanitaria locale ASL "NO" di Novara n. 575 del 07 luglio 2010, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per la fornitura in service di sistemi analitici per l'esecuzione degli esami inerenti i settori diagnostici del laboratorio analisi dell'ASL NO - Aggiudicazione lotto n. 2 - Area Siero;

- per quanto occorrente, degli atti antecedenti, preordinati, in particolare: a) del bando di gara e del capitolato speciale, nonché dei verbali di gara;

- per quanto occorrer possa, della nota n. 28628 del 08 luglio 2010 della ASL NO recante comunicazione della aggiudicazione a Roche;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso e per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 6 L. 205/2000.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale "No" di Novara, della Roche Diagnostics S.p.A. - Società Unipersonale e della Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l.

Visti i ricorsi incidentali proposti dalla Roche Diagnostics S.p.A. - Società Unipersonale,

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2011 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 3.08.2010 la Beckman Coulter s.p.a. ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, 1) la deliberazione n. 575 del 7.07.2010 con la quale l'ASL di Novara aveva aggiudicato in via definitiva alla Roche Diagnostics s.p.a. il lotto n. 2 della gara a procedura aperta per la fornitura in service di sistemi analitici per l'esecuzione degli esami inerenti i settori diagnostici del suo laboratorio analisi, 2) la deliberazione n. 368 del 20.04.2010 di nomina della Commissione di gara, 3) il verbale di verifica della documentazione amministrativa; 4) il verbale n. 2 della Commissione giudicatrice di valutazione delle offerte tecniche del 27.04.2010, 5) il verbale di apertura delle offerte economiche e di aggiudicazione provvisoria del 12.05.2010, 6) tutti i verbali della Commissione giudicatrice, 7) il bando di gara, nonché ogni atto presupposto, connesso e conseguente ed il contratto di fornitura.

Avverso gli atti impugnati la ricorrente ha lamentato a) violazione di legge: violazione dell'art. 97, comma 1 Cost, dell'art. 1 commi 1 e 1 ter l.n. 241/90, degli artt. 2, 27 comma 1, 30 comma 3 e 91 comma 2

d.lgs. n. 163/2006 con violazione dei principi di trasparenza e pubblicità nelle operazioni di svolgimento di pubbliche gare, avendo la Commissione omesso di aprire le buste contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica, di verbalizzare le misure di sicurezza adottate per la custodia dei plichi contenenti le offerte tecniche e le operazioni relative alla loro apertura; b) violazione di legge: violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 9 del Capitolato speciale di gara per avere le ditte classificatesi al primo ed al secondo posto omesso di presentare la documentazione necessaria ad attestare il possesso dei requisiti di ordine generale previsti dalle citate norme; c) violazione della lex specialis di gara (art. 13 del Capitolato speciale) e dei principi di efficienza, buona amministrazione e par condicio – artt. 3 e 97 Cost; d) violazione di legge: violazione dell'art. 84, comma 4 d.lgs. n. 163/2006, violazione dell'art. 7 del Capitolato speciale di gara, con conseguente violazione dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e buona amministrazione, violazione e falsa applicazione della lex specialis, eccesso di potere per erroneità dei presupposti, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità manifesta; e) violazione di legge: violazione da parte della Roche dell'art. 75, comma 4 d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 13 lettera E e dell'art. 14 punto 8 del Capitolato speciale di gara; f) violazione della lex specialis di gara (art. 6 del capitolato speciale), eccesso di potere: manifesta illogicità, disparità di trattamento, contraddittorietà in ordine all'attribuzione dei

punteggi alle offerte tecniche presentate dalle ditte partecipanti, violazione dei principi di trasparenza e concorrenza.

Il 6.08.2010 contro i medesimi atti ha proposto ricorso anche la Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l. (seconda classificata nella gara), deducendo violazione della lex specialis di gara (Capitolato speciale e principi di efficienza e buona amministrazione e della par condicio – artt. 3 e 97 Cost.) - eccesso di potere per disparità di trattamento, del d.lgs. n. 332/00 e della Direttiva 98/79/CE, nonché, in via subordinata, violazione di legge (Capitolato speciale e principi di efficienza e buona amministrazione e della par condicio – artt. 3 e 97 Cost ed art. 86 d.lgs. n. 163/06), eccesso di potere per disparità di trattamento e difetto di motivazione.

In entrambi i giudizi si sono costituite la Roche Diagnostics s.p.a., aggiudicataria della gara, e l'ASL NO di Novara, eccependo l'irricevibilità, l'inammissibilità, l'improcedibilità e, in ogni caso, l'infondatezza del ricorso avversario.

In data 3.09.2011 nella causa RG 954/2010 instaurata dalla Beckman Coulter s.p.a. si è costituita la Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l., chiedendo che il ricorso fosse dichiarato inammissibile e, comunque nel merito infondato.

Il 7.09.2010 la Roche ha depositato in entrambe le cause ricorso incidentale.

Il 17.09.2010 la Beckman Coulter s.p.a. ha notificato motivi aggiunti in relazione alle offerte tecniche di Roche e Siemens.

Il Collegio, con ordinanze n. 761/2010 e 762/2010 ha rigettato le istanze cautelari.

All'udienza pubblica del 12.10.2011 le cause sono, infine, state trattenute in decisione.

DIRITTO

Deve preliminarmente essere disposta ex art. 70 c.p.a. la riunione del ricorso RG n. 960/2010 alla causa RG n.954/2010, stante l'evidente connessione soggettiva ed oggettiva tra i due procedimenti, aventi ad oggetto l'impugnazione degli stessi atti e vertenti, in parte, tra i medesimi soggetti.

Poiché, la Beckman Coulter ha formulato motivi di ricorso volti a caducare l'intera gara e, come affermato dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 4/2011, "il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura... indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente", priorità logica deve essere assegnata all'analisi delle censure dedotte dalla Roche nel ricorso RG n. 954/2010 circa la mancanza nell'offerta presentata dalla Beckman del requisito n. 5 (Back-up strumentale con continuità del servizio e rispetto dei TAT dichiarati) e di alcune

prestazioni complementari richieste dalla lex specialis di gara.

Tali motivi non sono fondati e devono essere rigettati:

Quanto al primo, dai documenti in atti ed, in particolare, dal verbale della Commissione n. 2 del 27.04.2010 (doc. n. 9 della ricorrente Beckman) emerge, infatti, che la capacità degli strumenti offerti dalla ricorrente principale di assicurare comunque il servizio anche in caso di rottura o guasto del sistema rispettando i TAT (tempi che intercorrono tra il caricamento del campione centrifugato sul sistema e la disponibilità del risultato) è stata puntualmente esaminata dalla Commissione di gara, che, pur ritenendo di doverle assegnare un punteggio inferiore a quella dell'offerta Roche per via di alcune criticità, la ha reputata, con un giudizio non manifestamente irragionevole o illogico, rispondente ai parametri fissati dalla lex specialis.

In relazione alla seconda delle predette censure occorre, poi, sottolineare che le apparecchiature informatiche citate dalla ricorrente incidentale come mancanti nell'offerta della Beckman (7 pc completi di Office, 4 stampanti laser ed uno scanner) sono contemplate dall'art. 44 del Capitolato Speciale tra le cd. "Prestazioni Complementari", non ritenute fondamentali ed imprescindibili e, quindi, non richieste a pena di esclusione.

Dal rigetto del ricorso incidentale di Roche scaturisce la necessità di analizzare il ricorso principale della Beckman Coulter s.p.a. che, con il primo motivo ha lamentato la violazione dell'art. 97 c. 1 Cost e dei

principi di trasparenza e di pubblicità nelle pubbliche gare per la avvenuta apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata anziché in seduta pubblica: tale motivo è fondato e meritevole di accoglimento.

La ASL No e la controinteressata Roche hanno eccepito l'inammissibilità di tale censura per l'omessa tempestiva impugnazione da parte della Beckman del Capitolato Speciale d'appalto che, all'art. 21, disciplinando lo svolgimento delle operazioni di gara attraverso la distinzione delle relative fasi e degli organi competenti, prevedeva che l'apertura delle buste contenenti la documentazione tecnica fosse svolta dalla Commissione in seduta riservata.

Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa ormai costante, però, a richiedere una immediata impugnazione a pena di inammissibilità del ricorso sono solo le clausole di bando che stabiliscono requisiti e condizioni tali da impedire alla ditta interessata la partecipazione stessa alla gara (clausole immediatamente escludenti), non quelle che, contenendo altre previsioni non ostative alla presentazione dell'offerta, non producono effetti immediatamente lesivi per l'impresa partecipante (cfr. ex multis Cons.St., Sez. V, 2.08.2010 n. 5069; Cons. St., Sez. V, 19.03.2009 n. 1624).

Da qui l'infondatezza dell'eccezione di tardività, che non coglie nel segno neppure relativamente alla pretesa omessa impugnazione del

bando da parte della Beckman insieme all'aggiudicazione definitiva: nel ricorso introduttivo tra gli atti impugnati figura, infatti, anche il bando di gara e ciò, coerentemente all'interpretazione ampia dei motivi di ricorso seguita dalla giurisprudenza maggioritaria ed al carattere radicale della censura così come articolata nel ricorso, conduce a reputare soddisfatto l'onere di contestuale impugnativa.

Il primo motivo formulato dalla ricorrente principale, dunque, oltre ad essere tempestivo ed ammissibile si rivela anche fondato.

Come sottolineato di recente dall'Adunanza Plenaria n. 13/2011, quanto alle operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, " la verifica della integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; sez. VI, 22 aprile

2008, n. 1856; sez. V, 3 dicembre 2008, n. 5943; sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427)”.

Tale regola, sempre secondo l'Adunanza Plenaria merita “di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento”.

Da qui la fondatezza come detto, della prima delle censure formulate dalla Beckman la quale, costituendo un vizio radicale della procedura, conduce all'annullamento di tutti gli atti impugnati, con assorbimento di tutte le altre censure, comprese quelle contenute nei motivi aggiunti e salvo il potere dell'Amministrazione di rinnovare la gara.

Poiché la riedizione della procedura di gara rappresenta la soddisfazione in forma specifica dell'interesse della ricorrente principale, deve essere, inoltre, rigettata la domanda di risarcimento per equivalente

Improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse devono, poi, essere dichiarati sia il ricorso RG.n. 954/2010 proposto dalla Siemens, sia il ricorso incidentale proposto dalla Roche in tale giudizio.

Deve essere, poi, rigettata la richiesta di risarcimento del danno formulata dalla Siemens.

Quanto alla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione e di tutti gli atti di gara, il Collegio ritiene di dover fare applicazione nel caso di specie dell'art. 122 c.p.a. che assegna al Giudice il potere di stabilire "se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati" nonché "dello stato di esecuzione del contratto".

Tenuto conto dei contrasti giurisprudenziali esistenti al tempo dello svolgimento della procedura di gara, sulla questione della necessità di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica, del fatto che essi siano stati risolti solo dalla recente Adunanza Plenaria n. 13/2011, dell'avanzato stato di esecuzione del contratto che, in seguito al diniego della sospensiva da parte del Tribunale, è stato stipulato dall'Amministrazione con la Roche il 5.11.2010, con installazione di tutti gli strumenti e continuativa fornitura dei reagenti, e del carattere di indispensabilità dei beni oggetto della fornitura per lo svolgimento del servizio demandato all'Amministrazione, il Collegio ritiene di poter equamente bilanciare i contrapposti interessi della ricorrente a poter nuovamente concorrere per l'assegnazione dell'appalto con quelli della aggiudicataria a non veder caducata ex tunc una fornitura in parte già eseguita e dell'Amministrazione ad

avere il tempo per indire una nuova gara senza essere costretta, nel mentre, interrompere il servizio ai cittadini per carenza dei beni necessari al suo espletamento, dichiarando il contratto inefficace con effetto dal 180° giorno successivo al deposito del dispositivo della presente sentenza.

Per la natura delle questioni trattate, oggetto, come detto di contrasti giurisprudenziali, risolti, come detto, solo di recente, sussistono giusti motivi per disporre sia l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando,

1. riunisce i ricorsi RG 954/2010 e RG 960/2010;
2. con riguardo al ricorso RG 954/2010 proposto da Beckman Coulter s.p.a.:
 - a) rigetta il ricorso incidentale;
 - b) accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla tutti gli atti impugnati, facendo salvo il potere dell'Amministrazione di rinnovare la gara;
 - c) dichiara inefficace il contratto stipulato in esecuzione dell'aggiudicazione con effetto dal 180° giorno successivo al deposito del presente dispositivo ai sensi dell'art. 122 c.p.a.;
 - d) rigetta la domanda di risarcimento del danno per equivalente;
 - e) compensa tra le parti le spese di lite;

3. con riguardo al ricorso RG 960/2010 proposto da Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l.:

- a) dichiara improcedibili il ricorso principale ed il ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse;
- b) rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- c) compensa le spese.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario, Estensore

Manuela Sinigoi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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