



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 Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1378 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Interhospital Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Nilo, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria 9;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Semeraro, con domicilio presso Segreteria Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

***nei confronti di***

Smith & Nephew Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Calesella, Claudia Cipriano e Valeria Rodelli, con domicilio eletto

presso quest'ultima in Lecce, viale Lo Re 46;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia*

- della nota del 25 luglio 2011 prot. FC/4064, con cui veniva comunicato che con atto n. 2075 del 30.06.2011 l'ASL di Taranto ha deliberato l'aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento della fornitura di n. 3 colonne per artroscopia e relativo servizio di manutenzione triennale post garanzia alla società Smith & Nephew Srl da Agrate Brianza;

- della deliberazione del Commissario Straordinario n. 2075 del 30.06.2011 relativamente alla disposta aggiudicazione a favore della società Smith e Nephew;

- dei verbali di gara laddove non è stata disposta la esclusione della offerta economica della Smith e Nephew;

- della nota dell'Area Gestione Patrimonio prot. 4333 del 12 agosto 2011, ricevuta il 25 agosto 2011 (impugnata con i motivi aggiunti depositati in data 10.10.2011);

- di ogni altro atto, ancorché non conosciuto, presupposto, connesso e successivo;

nonché per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante la aggiudicazione della gara alla odierna deducente, previa declaratoria ai sensi degli articoli 121 e 122 del DLGS 104/2010 di inefficacia del contratto ove nelle more eventualmente sottoscritto, ovvero, in via meramente subordinata, da disporsi per equivalente e,

in via ulteriormente subordinata, per la ripetizione della procedura di gara.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Taranto e di Smith & Nephew Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2011 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti gli avv.ti Nilo, Cipriani e G. Corrente, quest'ultima in sostituzione dell'avv. Semeraro;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

La Società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta, indetta dall'Asl Ta con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa (con attribuzione di punti 55 alla qualità e di punti 45 all'offerta economica), per l'acquisizione di n. 3 colonne per artroscopia e relativo servizio di manutenzione triennale post-garanzia del tipo full-risk, da installarsi presso le U.O. di Ortopedia e Traumatologia dello Stabilimento ospedaliero di Manduria, di Martina Franca e "SS. Annunziata" di Taranto, per un costo presumibile quantificato in € 140.000,00 oltre I.V.A., collocandosi al secondo posto della graduatoria finale, preceduta dalla Smith and Nephew.

Esponde che l'offerta economica, redatta secondo lo schema di cui all'allegato G del disciplinare, doveva riportare tra l'altro il prezzo unitario di ogni singolo componente la colonna e il prezzo complessivo di questa, il costo triennale del servizio di manutenzione post-garanzia del tipo full-risk e lo sconto percentuale praticati sui prezzi di listino.

La Commissione di gara ha attribuito punti 50 all'offerta tecnica della Smith and Nephew e ha ritenuto più vantaggiosa anche l'offerta economica, disponendo l'aggiudicazione in suo favore.

Avverso l'atto finale e nei confronti dell'operato degli organismi di gara è insorta la ricorrente, deducendo la violazione della *lex specialis* e delle prescrizioni di bando in ordine alla formulazione dell'offerta, del principio della *par condicio* tra i concorrenti, la contraddittorietà ed indeterminatezza.

Si rileva che la proposta dell'aggiudicataria andava esclusa, in quanto:

- 1) l'offerta economica non è conforme allo schema, obbligatoriamente prescritto, di cui all'allegato G del disciplinare;
- 2) per la manutenzione post-garanzia viene in maniera inammissibile offerto un prezzo pari a zero;
- 3) anziché indicare lo sconto percentuale sui prezzi di listino, è offerto un indefinito "sconto merce";
- 4) il listino ha validità sino al 31/12/2010 ed è quindi scaduto.

Con ulteriore motivo si deduce violazione dei principi generali di segretezza e genuinità delle offerte, poiché nei verbali di gara non

sono precisate le modalità di conservazione dei plichi né viene indicato il responsabile.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione sanitaria e la controinteressata, affidando alle rispettive difese la confutazione dei motivi della ricorrente.

Con motivi aggiunti è stata impugnata la nota dell'Area Gestione Patrimonio del 12/8/2011, con cui è stata respinta la richiesta di autotutela, formulata dalla Società ricorrente con il c.d. "preavviso di ricorso" di cui all'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006.

All'udienza in camera di consiglio del 12 ottobre 2011, avvisate le parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e previa loro rinuncia ai termini a difesa in relazione anche ai depositi tardivi, il ricorso è stato assegnato in decisione.

## DIRITTO

1.- Vanno disattese le censure avverso la formulazione dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

1.1- Quanto alle modalità di redazione dell'offerta economica, il disciplinare ha previsto che:

“La busta n. 3 - “Contiene offerta economica dovrà contenere, a pena di esclusione dalla gara, l'offerta economica riportata sullo schema allegato G al presente disciplinare, redatta in carta semplice, compilata in ogni sua parte, datata e sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente”; nel successivo capoverso sono indicati gli elementi da riportare (prezzi, costi, sconto percentuale).

L'offerta della Smith and Nephew è stata compilata utilizzando lo schema dell'allegato G al disciplinare, pur senza riempire la colonna "Cod. art." ma apponendovi un asterisco ("VEDERE SPECIFICHE INDICATE IN OFFERTA ALLEGATA").

Detto allegato è composto da n. 10 fogli, siglati in ogni pagina e firmati in calce, che riportano di seguito codice e descrizione dell'articolo, prezzi unitario e totale, sconti praticati.

Tale modalità di redazione dell'offerta non contrasta con la previsione del disciplinare, che non va interpretata in maniera talmente rigida da costringere il concorrente a contenere gli elementi della propria offerta negli spazi dello schema, senza poter indicarli in dettaglio.

Invero, la Smith and Nephew ha utilizzato il modello predisposto, corredandolo in parte dell'allegato siglato e sottoscritto, prescegliendo una modalità di redazione reputata più idonea a chiarire meglio l'offerta, senza nuocere all'esigenza di consentire alla Commissione l'analisi delle offerte sull'unico schema e la loro comparazione.

La prescrizione del disciplinare non è stata dunque obliterata dall'aggiudicataria e non risulta compromessa la finalità a cui è preordinata la regola di gara, che ove interpretata in maniera eccessivamente formalistica si risolverebbe in un adempimento privo di ragionevolezza (cfr., per tutte, Cons. Stato – Sez. V, 12 ottobre 2010 n. 7403).

1.2- Le censure riguardanti i prezzi dichiarati e gli sconti praticati dall'aggiudicataria, nonché il riferimento al listino prezzi con scadenza al 31/12/2010, sono prive di pregio, in quanto:

- la Stazione appaltante non può escludere la Ditta che ha formulato un'offerta a prezzo zero per una delle prestazioni richieste, ma deve procedere alla verifica della sua anomalia (Cons. Stato – Sez. V, 28 novembre 2005 n. 6651); ciò è puntualmente avvenuto nella specie, avendo l'Asl di Taranto richiesto chiarimenti il 14/4/2011 alla Smith and Nephew ed accolto poi le giustificazioni fornite;

- analogamente, non costituisce motivo di esclusione l'indicazione di un non precisato “sconto merci” che, in tal caso, è stato valutato come pari a zero e non ha determinato alcun vantaggio per l'aggiudicataria, non avendo favorevolmente influito sui prezzi delle corrispondenti voci;

- il listino prezzi non poteva che avere validità sino al 31/12/2010, essendo in vigore al momento della presentazione dell'offerta (6/8/2010).

1.3- Va anche respinto il secondo motivo di ricorso, attinente alle modalità di conservazione dei plichi.

L'inosservanza delle relative misure presuppone che vi sia la prova del rischio di manomissione della documentazione (cfr. Cons. Stato – Sez. V, 16 marzo 2011 n. 1617), che nel caso in esame non è desumibile da alcun elemento, neppure indiziario, anche tenuto conto che il Presidente della Commissione ha disposto la

conservazione delle offerte economiche in armadio chiuso (cfr. verbale n. 3 dell'8/3/2011).

1.4- Con motivo aggiunto, sia pure per dichiarato scrupolo difensivo, è impugnato il diniego di autotutela sull'istanza ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163 del 2006, denunciandosi l'illegittimità derivata e l'incompetenza.

Benché la legge rende ammissibile in generale la proposizione di motivi aggiunti avverso il diniego di autotutela (sesto comma art. 243-bis, cit.), occorre chiarire che l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, prevista a fini deflattivi del contenzioso, non attiva un autonomo procedimento e non conduce quindi a una nuova determinazione dell'Amministrazione.

In particolare, è stato affermato che:

“In altri termini, il diniego tacito di autotutela non rinnova alcuna volontà dell'Amministrazione, ma si limita a manifestare l'intendimento di non ritornare su di una valutazione effettuata, nulla aggiungendo alla situazione di diritto già definita dall'atto precedente” (T.A.R. Umbria – Sez. I, 1° aprile 2011 n. 103).

Nella specie, la risposta negativa dell'Asl di Taranto (che si è limitata a considerare legittimo il proprio operato) non implica una rinnovata manifestazione di volontà dell'Amministrazione, non occorrendo pertanto che essa promanasse dal Commissario straordinario dell'Ente ed essendone sufficiente la comunicazione a mezzo del Dirigente dell'Area relativa, con conseguente infondatezza del

denunciato vizio di incompetenza.

2.- Conclusivamente, vanno respinti il ricorso e i motivi aggiunti.

Quanto alle spese di giudizio, sussistono tuttavia considerevoli ragioni per compensarle interamente tra le parti, avuto riguardo alla tesi prospettata dalla ricorrente avverso la disposizione del disciplinare, astrattamente idonea a sorreggere l'interesse a tutelare la propria sfera di interessi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali.

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

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

Luigi Costantini, Presidente

Giuseppe Esposito, Referendario, Estensore

Paolo Marotta, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2011

IL SEGRETARIO

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