



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 507 del 2012, proposto da:

Carl Zeiss S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Zoppellari, Paolo Campanati, con domicilio eletto presso
Avv. Paolo Campanati in Ancona, viale della Vittoria, 32;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto I - G.M. Lancisi - G.Salesi" Ancona, rappresentata e
difesa dall'avv. Galileo Omero Manzi, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. Marche in Ancona, via della
Loggia, 24;

nei confronti di

Leica Microsystems S.r.l., R.S. Medica S.a.s. di Stucchi Piera e C, non costituite in giudizio.

per l'annullamento

-del provvedimento di esclusione di Carl Zeiss Spa dalla procedura di gara indetta dall' Azienda Ospedaliero
Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto I - G.M. Lancisi - G.Salesi" Ancona, avente ad oggetto l'affidamento della
fornitura di un sistema per Neurochirurgia composto da n.1 Neuronavigatore e n.2 Microscopi operatori-CIG
3804006D0B, comunicata alla ricorrente con nota 33619/TT del 5.6.2012.

-del verbale del 30.5.2012.

-dell'art. 6.2.2 del Disciplinare di gara.

-di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e conseguente.

e per

il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto i - G.M.
Lancisi - G.Salesi" Ancona;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2012 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori
come specificato nel verbale;

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

Con Bando di Gara regolarmente pubblicato, l'odierna resistente l'Azienda Ospedaliero –Universitaria “Ospedali riuniti Umberto I, G.M. Lancisi–G. Salesi” di Ancona ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della fornitura di un “sistema per Neurochirurgia, composto da n. 1 Sistema di Neuronavigazione e n. 2 Microscopi operatori (CIG 3804006D0B)”, per un valore stimato complessivo di € 570.000,00, oltre IVA.

Il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, con l'attribuzione di punti 60/100 al parametro qualità e punti 40/100 a quello prezzo.

Dopo la presentazione delle offerte, nel corso della prima seduta pubblica del 18.4.2012, la Commissione di gara procedeva all'apertura ed all'esame del contenuto delle buste relative alla documentazione amministrativa prodotta dalle ditte concorrenti ed al sorteggio pubblico previsto dal comma 1 dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

Al fine di verificare il possesso dei requisiti di ordine speciale da quest'ultima dichiarati nel corso della procedura concorsuale, il Responsabile Unico del Procedimento, in applicazione della legge 12.11.2011 n. 183, ha interpellato d'ufficio le Aziende Sanitarie indicate da Carl Zeiss S.p.A. riguardo i requisiti di fatturato nell'ultimo triennio relativi all'oggetto dell'appalto (che dovevano essere pari all'importo a base di gara), chiedendo la loro conferma in ordine alla corretta esecuzione.

Stante l'esito non positivo della verifica, lo stesso Responsabile convocava i rappresentanti di Carl Zeiss per il 29.5.2012.

In data 30.5.2012 veniva redatto il verbale, nel quale si statuiva che “...il Responsabile del Procedimento verifica che, pur sussistendo in capo alla Ditta Zeiss un fatturato per microscopi operatori almeno pari all'importo posto a base d'asta, non può essere attestato il possesso dei requisiti di qualificazione per l'ammissione alla procedura in gara in parola, mancando nel fatturato stesso, la fornitura di neuronavigatori, come prescritto dal Disciplinare, e la ditta in parola quindi non può essere ammessa alle successive fasi di gara”. Ne conseguiva l'impugnata nota prot. n. 33619/TT del 5.6.2012m, con cui la Stazione appaltante ha comunicato alla società ricorrente l'esclusione dalla gara per il mancato esito positivo della verifica sul possesso dei requisiti di ordine speciale e segnatamente della capacità tecnica e professionale.

Con l'odierno ricorso, depositato in data 19.7.2012, la ricorrente contesta l'esclusione, affermando, con un primo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 6.2.2 del Disciplinare di gara, dell'art. 42, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006, la violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 2, d. lgs. n. 163 del 2006, del principio di libera concorrenza, di più ampia partecipazione alla gara e di proporzionalità. Deduce inoltre la violazione dell'art. 97 Cost., del principio del giusto procedimento e l'eccesso di potere.

Parte ricorrente sostiene che dalla disposizione di cui all'art. 6.2.2. del disciplinare di gara non si potesse desumere la necessaria presenza di forniture che riguardassero sia i microscopi, sia i neuronavigatori, tenendo conto che la disposizione indicava genericamente i due diversi dispositivi, aventi natura eterogenea e che, quindi, in rispondenza dei principi generali in materia di gare, la ricorrente la quale, pacificamente, raggiungeva l'intero requisito di fatturato con riguardo ai microscopi operatori, non avrebbe dovuto essere esclusa in base ai principi generali in materia di gare pubbliche.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente afferma l'illegittimità della clausola di cui al punto 6.2.2. del disciplinare se interpretata nel senso fatto proprio dalla Stazione appaltante.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliero –Universitaria “Ospedali riuniti Umberto I, G.M. Lancisi – G. Salesi”, resistendo al ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 26.7.2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione sul merito ai sensi degli artt. 60 e 74 del d.lgs 104/2010.

1 Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

1.1 L'art. 6.2.2 del disciplinare richiedeva alle concorrenti di avere realizzato nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara "un fatturato per forniture riferite a sistemi di neuronavigazione e microscopi operatori presso aziende sanitarie pubbliche o private, almeno pari all'importo a base d'asta, esclusa IVA".

1.2 A seguito dei controlli effettuati dalla Stazione Appaltante è risultato che nessuna delle forniture riguardava il sistema di neuro navigazione (o neuronavigatore). Ciò pur essendo del tutto pacifico che, con le forniture dichiarate, la ricorrente aveva abbondantemente raggiunto il fatturato di riferimento per quanto riguarda i microscopi operatori.

1.3 A questo punto, il Collegio non può che notare come l'art. 6.2.2. richiedesse il fatturato relativo alle forniture del sistema di neuronavigazione e dei microscopi operatori con l'utilizzo della congiunzione "e". Anche se, giustamente, la ricorrente pone l'attenzione sulla circostanza che non è indicato quale dovesse essere il fatturato per i diversi elementi della fornitura, appare del tutto evidente come la clausola non possa che essere interpretata nel senso della necessità di documentare la fornitura di sistemi di neuro navigazione nel triennio di riferimento, e non si vede come la clausola possa essere interpretata nel senso di consentire il raggiungimento del fatturato per uno solo degli elementi.

1.4 Depone in tal senso la circostanza che, come del resto nota la ricorrente, seppure la fornitura abbia un carattere eterogeneo, essa consiste in dispositivi che possono essere utilizzati insieme (e, questo presumibilmente, questo sarà il loro utilizzo, dato che la fornitura è relativo a un Sistema per Neurochirurgia).

1.5 A parere del Collegio, alla luce delle considerazioni appena svolte, l'interpretazione del bando proposta dalla ricorrente non trova alcun appiglio nel tenore letterale della clausola, la quale, notoriamente, deve essere interpretata con prevalenza alle espressioni letterali e restando preclusa qualsiasi forma di interpretazione analogica o estensiva, eventualmente finalizzata a consentire la più ampia partecipazione possibile, opzione che può ammettersi solo in presenza di clausole equivoche o di imperfetta formulazione (CdS sez. V 23.5.2011 n. 3100). Nel caso in esame la clausola non lascia dubbi sulla circostanza che fosse necessario dimostrare l'effettuazione di forniture, nel triennio, per entrambi i tipi di dispositivi previsti, considerato l'utilizzo nella clausola medesima della congiunzione copulativa "e" (si veda, ad esempio, la conforme interpretazione in Tar Lazio Roma 3.6.2011 n. 5025).

1.6 Anche a un profano in materia, non può che essere evidente l'esperienza e la professionalità della ricorrente nel campo dei dispositivi ottici (peraltro confermata dalle forniture dichiarate) ma ciò non consente, ovviamente, di superare la totale assenza, pacifica, di forniture per dei dispositivi richiesti dal bando.

2 E' infondato anche il secondo motivo di ricorso. Anche superando l'eccezione dedotta dalla Stazione Appaltante, che afferma come la ricorrente, tenendo conto della chiarezza della clausola, fosse già a conoscenza di non avere i requisiti, con conseguente onere di immediata impugnazione, a parere del Collegio la clausola di cui al punto 6.2.2. non è comunque interessata dalle illegittimità rilevate. Innanzitutto, come nota giustamente la difesa della stazione appaltante, la stessa ha concesso una proroga del termine per la presentazione delle offerte proprio su richiesta di una ditta che lamentava l'eterogeneità del lotto, con conseguente possibilità per la ricorrente di rimediare all'errata interpretazione della clausola.

2.1 Inoltre, parte ricorrente non fornisce elementi per affermare l'illogicità o la natura eccessivamente restrittiva della clausola medesima, in quanto rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante indire una gara per la fornitura di due differenti dispositivi medici (destinati, peraltro, ad essere utilizzati congiuntamente nella

neurochirurgia) e di richiedere, come requisito di qualificazione, la progressa fornitura di entrambi (per i quali, peraltro, è prevista anche l'installazione e la manutenzione). Né tale requisito può apparire come contrario al principio della massima partecipazione, essendo facilmente integrabile con la partecipazione in RTI o con l'avvalimento di cui all'art. 49 del d.lgs 163/2006.

3 Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il ricorso è infondato e deve essere respinto, unitamente alla richiesta risarcitoria.

3.1 Le spese possono essere compensate, considerate le particolarità della gara oggetto del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2012

IL SEGRETARIO

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