



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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 996 del 2014, proposto da:

Johnson & Johnson Medical S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv.

Mario Zoppellari, con domicilio eletto presso il suo studio in

Bologna, Via Vascelli 8;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, Intercen Er-Agenzia

per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, rappresentati e difesi dall'avv.

Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il suo studio in

Bologna, Via G.Vaccaro 6;

Regione Emilia Romagna non costituita in giudizio;

nei confronti di

Pentax Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Rocco Mangia,

Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Giovanna

Addario in Bologna, Via della Zecca 2;

per l'annullamento

- della nota prot. n. AS/A00RN/009627S del 17.10.2014 con la quale l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, nel riscontrare l'istanza ex art. 243 bis, D.Lgs. n. 163 del 2006 formulata dalla società ricorrente, ha manifestato il proprio diniego di autotutela, rilevando l'insussistenza dei presupposti per l'assunzione, sia di un provvedimento di proroga dei termini per la presentazione delle offerte, sia di annullamento degli atti e delle risultanze, relative alla gara per "cottimo fiduciario, mediante procedura negoziata per l'eventuale assegnazione del Servizio di manutenzione, assistenza tecnica e materiale di consumo macchine lavaendoscopi di proprietà dell'Azienda USL di Rimini";
- degli atti e delle risultanze della procedura concorsuale in questione e segnatamente del provvedimento, non cognito neppure nei suoi estremi dispositivi, con il quale l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna ha disposto l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara de qua a favore di Pentax Italia S.r.l.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, di Intercen Er-Agenzia per lo Sviluppo dei Mercati Telematici e di Pentax Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2014 il

dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, già esecutrice del servizio, era stata invitata a partecipare alla gara per "cottimo fiduciario, mediante procedura negoziata per l'eventuale assegnazione del Servizio di manutenzione, assistenza tecnica e materiale di consumo macchine lavaendoscopi di proprietà dell'Azienda USL di Rimini", che si sarebbe svolta mediante l'utilizzo del Mercato Elettronico disponibile sulla piattaforma informatica dell'Agenzia Intercent Emilia-Romagna cui era abilitata dal 9.5.2014.

Nell'effettuare l'accesso alla area ad essa riservata, si era accorta che in calce all'offerta economica avrebbe dovuto apporre una dichiarazione che asseriva come le informazioni e dichiarazioni presentate in fase di abilitazione fossero tuttora valide.

Tale dicitura non era modificabile e la società ricorrente non poteva fare una siffatta dichiarazione poiché in data 29.6.2014 vi era stata una modifica nell'organo gestorio; ciò ha comportato l'impossibilità di sottoscrivere con firma digitale il documento e di partecipare alla gara.

La società ha chiesto all'Agenzia Intercent le modalità per superare tale impasse invitandola a prorogare i termini per la presentazione

delle offerte per dar tempo anche alla Johnson & Johnson Medical S.p.A. di formulare la sua offerta dopo aver aggiornato i propri dati.

Peraltro la rigidità del sistema informatico comporta la necessaria disabilitazione dell'operatore economico e la successiva riattivazione per poter effettuare aggiornamenti.

La richiesta di proroga del termine non è stata accolta e la gara è proseguita con successiva aggiudicazione alla società controinteressata; la società ricorrente ha richiesto alla stazione appaltante un provvedimento di autotutela che annullasse gli atti di gara per la sua mancata partecipazione, che la stazione appaltante non ha ritenuto di emettere e contro tale diniego oltre che contro gli atti di aggiudicazione è rivolto il presente ricorso affidato ad un unico motivo.

Ritiene la Johnson & Johnson Medical S.p.A. che gli atti impugnati costituiscano violazione dell'art. 328 DPR 207/2010, oltre che dei principi generali in materia di gare pubbliche, quali la par condicio, la libera concorrenza, la trasparenza e la proporzionalità ed eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, ingiustizia manifesta e sviamento di potere.

Il Regolamento di utilizzo del mercato di beni e servizi adottato da Intercent prevede all'art. 3, comma 14, che il fornitore si impegna a confermare con cadenza almeno semestrale la permanenza dei requisiti. Il comma successivo prevede che si impegna anche a comunicare qualsiasi variazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi

e di tutte le informazioni dichiarate nella domanda di abilitazione.

Non vi è pertanto un termine diverso per comunicare le variazioni e quindi ben poteva la società fare legittimo affidamento sul fatto che avrebbe potuto comunicare le variazioni anche all'atto di presentazione dell'offerta.

Stante la rigidità del sistema, in ossequio al principio del favor participationis, la stazione appaltante avrebbe dovuto prorogare la scadenza del termine per presentare le offerte e comunque annullare in autotutela la gara.

Si costituivano in giudizio l'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, Intercen Er-Agenzia per lo Sviluppo dei Mercati Telematici e Pentax Italia S.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso. Quest'ultima eccepiva, altresì, la tardività del ricorso perché, avendo la società ricorrente contestato le regole disciplinanti il funzionamento della piattaforma, avrebbe dovuto impugnarle entro 60 giorni dalla loro conoscenza.

Con decreto monocratico in data 7.11.2014 veniva concessa la sospensione degli atti impugnati.

Il ricorso non è fondato e ciò consente di non affrontare la questione preliminare posta dalla controinteressata.

Il termine semestrale è richiesto per confermare la persistenza dei dati a suo tempo inseriti, ma in caso di mutamento bisogna subito comunicare le variazioni ed è per questo che l'art. 3, comma 15, del Regolamento non prevede un termine poiché diversamente verrebbe

meno il senso del Mercato Elettronico. Esso prevede che vi siano delle aziende abilitate cui fare ricorso per chiedere delle offerte in tempi brevi proprio perché è già stata superata dall'abilitazione la fase preliminare e si può procedere subito a vagliare l'offerta tecnica e quella economica.

Infatti l'art. 328, comma 4, DPR 207/2010 non prevede un termine minimo per la presentazione delle offerte.

Peraltro secondo il bando di abilitazione il termine per procedere all'abilitazione è di 15 giorni e laddove la società ricorrente avesse tempestivamente indicato la modifica intervenuta, vi sarebbe stato il tempo sufficiente per attivare la procedura e consentire l'aggiornamento dell'abilitazione.

La & Johnson Medical S.p.A., invece, ha aspettato la scadenza del termine per chiedere la modifica e la concessione di una proroga sarebbe stata una violazione della par condicio nei confronti degli altri concorrenti.

Non può, pertanto, la società richiamarsi al principio del legittimo affidamento perché nel caso di specie non vi sono i presupposti per la sua applicazione: le regole del funzionamento della piattaforma informatica erano abbastanza chiare e la società avrebbe dovuto attivarsi immediatamente per comunicare la variazione intervenuta e procedere all'aggiornamento; non avendolo fatto non può che dolersi della lettura fatta dell'insieme delle norme regolamentari applicabile nella vicenda.

Il ricorso va, quindi, respinto, ma, in considerazione della novità della questione, appare equo compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carlo d'Alessandro, Presidente

Italo Caso, Consigliere

Ugo De Carlo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2014

IL SEGRETARIO

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

