



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 537 del 2011, proposto da:
Ge Healthcare Clinical Systems Srl, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Liroi,
Marco Martinelli e Luca Mastromatteo, con domicilio eletto presso
lo studio Gianni, Origoni, Grippo & Partners in Torino, c.so
Vittorio Emanuele II, 83;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Cuneo -Mondovì -Savigliano, in persona
del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Piero
Giuseppe Reinaudo e Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso lo
studio di quest'ultimo in Torino, corso Re Umberto, 27;

nei confronti di

Draeger Medical Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Carboni e Marco Porcari, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, c.so Duca degli Abruzzi, 6 bis;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 173 del 30 marzo 2011 del direttore amministrativo della ASL Cuneo, di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva in favore della Draeger Medical, pubblicata nell'Albo Pretorio della ASL Cuneo il 6 aprile 2011 e comunicata a GE in pari data;
 - del verbale della seduta del 14 marzo 2011, nella parte in cui la Commissione Giudicatrice ha valutato conforme l'offerta tecnica di Draeger Medical;
 - del verbale della seduta del 21 marzo 2011, nella parte in cui Draeger Medical è stata inserita nella graduatoria finale ed è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara;
 - di tutti gli altri verbali di gara, in parte qua;
 - per quanto occorrer possa e ove necessario, del verbale della seduta post-aggiudicazione del 19 aprile 2011 e della relativa nota di comunicazione del 22 aprile 2011, avente ad oggetto la "Risposta a Vs. Istanza di autotutela del 12 aprile 2011 ns. prot. n. 40779";
 - di ogni ulteriore atto, presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto;
- nonchè per la declaratoria di inefficacia
- del contratto nelle more eventualmente stipulato dall'ASL Cuneo

con Draeger Medical;

e per il conseguimento

- dell'aggiudicazione e dell'eventuale contratto, con espressa dichiarazione di disponibilità di GE al subentro nello stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 122 e 124, co. 1, c.p.a..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Cuneo -Mondovì -Savigliano e di Draeger Medical Italia s.p.a.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 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 9.05.2011 la GE Healthcare Clinical Systems s.r.l. ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia a) la deliberazione n. 173 con la quale, il 30.03.2011, il Direttore Amministrativo della ASL Cuneo aveva approvato i verbali di gara e di aggiudicazione definitiva in favore della Draeger Medical s.p.a. della gara per la fornitura ed installazione di cinque sistemi anestesiológicos e di dieci monitor da preparazione e risveglio per il blocco operatorio del presidio ospedaliero di Savigliano dell'ASL

CN1, b) il verbale della seduta del 14.03.2011 nella parte in cui la Commissione aveva valutato conforme l'offerta tecnica di Draeger Medical; c) il verbale della seduta del 21.03.2011 nella parte in cui la Draeger Medical era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara; d) tutti gli altri verbali di gara; e) ove necessario, il verbale della seduta post aggiudicazione del 19.04.2011 e la relativa nota di comunicazione del 22.04.2011 avente ad oggetto "Risposta a Vs. istanza di autotutela del 12 aprile 2011 ns. prot. N. 40779; f) ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Con il medesimo atto la società ricorrente ha, altresì, chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato dall'ASL Cuneo con Draeger Medical e l'aggiudicazione a sé del contratto, manifestando espressamente la sua disponibilità a subentrare nello stesso ai sensi e per gli effetti degli artt. 122 e 124 c. 1 c.p.a.

A sostegno delle proprie domande la ricorrente ha dedotto 1) illegittimità dell'aggiudicazione per violazione del principio generale di conformità dell'offerta alle prescrizioni della lex specialis, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 commi 1 e 2 del capitolato, violazione della par condicio concorsorum e dei principi di buona fede, correttezza, ragionevolezza, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria, inosservanza degli autolimiti, grave disparità di trattamento, ingiustizia grave e

manifesta, contraddittorietà e illogicità manifesta, sviamento; 2) illegittimità dell'aggiudicazione per incompatibilità fra giudizio reso dalla commissione e punteggio attribuito in relazione alla qualità, violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l.n. 241/1990, eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca, disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta, illogicità manifesta difetto di istruttoria e carenza di motivazione; 3) per quanto potesse occorrere, illegittimità dell'aggiudicazione per violazione delle norme di verbalizzazione, del principio di regolarità e trasparenza delle operazioni di gara e, in subordine, per illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza delle nuove valutazioni della Commissione, violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l.n. 241/1990 e dell'art. 97 Cost., violazione dei principi di correttezza, ragionevolezza e del giusto procedimento, incompetenza, eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà estrinseca, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, sviamento.

Il 16.05.2011 ed il 18.05.2011 si sono costituite in giudizio rispettivamente l'Azienda Sanitaria Locale CN 1 di Cuneo e la controinteressata Draeger Medical Italia s.p.a. eccependo l'inaammissibilità ed, in ogni caso, l'infondatezza del ricorso avversario.

Con ordinanza n. 458/2011 del 7.07.2011 il Collegio ha rigettato l'istanza cautelare.

Con ordinanza del 30.08.2011 il Consiglio di Stato ha, però, accolto

l'appello sulla sospensiva, ritenendo il ricorso assistito dai requisiti del fumus boni iuris e del periculum in mora.

All'udienza pubblica dell'11.01.2012 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo la società ricorrente ha lamentato la violazione da parte della ASL di Cuneo del principio di conformità dell'offerta al capitolato deducendo che la Dreager Medical Italia s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver offerto un'apparecchiatura non corrispondente alle previsioni del capitolato.

Tale censura è fondata e meritevole di accoglimento: dinanzi alla richiesta da parte dell'Amministrazione, all'art. 3 del Capitolato speciale, di un sistema di anestesia << dotato di display video ad alta risoluzione a colori, con diagonale di almeno 12" >> e di << monitor a bordo dei sistemi di anestesia >> dotato di << display video a colori con diagonale di almeno 15" >> la controinteressata poi risultata aggiudicataria ha, infatti, offerto una macchina che, come evidenziato dalla Commissione giudicatrice a pag. 3 del verbale del 14.03.2011 << non è dotata di due monitor, uno dell'apparecchiatura di anestesia di almeno 12" e l'altro utile per il monitoraggio dei parametri vitali di almeno 15" come citato in capitolato >>.

Tale osservazione, concretizzandosi nella rilevazione della non conformità dell'offerta alle specifiche tecniche indicate nel capitolato avrebbe dovuto condurre all'esclusione della Draeger Medical Italia

s.p.a. dalla procedura e non semplicemente all'attribuzione alla controinteressata di un punteggio inferiore nella valutazione qualitativa motivato dal fatto che “gli utilizzatori preferiscono la soluzione presente sul sistema AISYS (offerto dalla GE) in quanto permette di separare i due monitoraggi (respiratore e dati paziente)”. Come affermato, in verità, dalla giurisprudenza maggioritaria “deve essere esclusa l'impresa che ha offerto una prestazione difforme da quella minima richiesta dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara, indipendentemente dall'esistenza di un'espressa clausola in tal senso” (cfr. ex multis TAR Sardegna, Sez. I, 3.06.2010 n. 1553; Cons. St., Sez. V, 28.06.2011 n. 3877; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 18.05.2010 n. 780).

Da qui l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata Draeger Medical Italia s.p.a., la cui offerta avrebbe, come detto, dovuto essere esclusa.

Non condivisibili, ad un più attento esame, appaiono, inoltre, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel riformare l'ordinanza di rigetto della sospensiva, le argomentazioni della ASL circa la valenza non vincolante delle specifiche tecniche contenute nel capitolato speciale e circa la possibilità per le imprese partecipanti alla gara di distaccarsi da tali prescrizioni sia pure per offrire un prodotto di concezione innovativa.

Da un lato l'Amministrazione, fin dall'art. 13 cpv. del Capitolato per cui “in caso di contrasto fra il contenuto dell'offerta del soggetto

aggiudicatario e le norme stabilite dal presente Capitolato, saranno queste ultime a prevalere”, risulta essersi autovincolata al rispetto delle specifiche tecniche fissate nella lex specialis di gara, dall’altro come osservato dalla ricorrente in risposta al richiamo da parte dell’ASL di Cuneo e della Draeger Medical al principio dell’equivalenza ex art. 68 d.lgs. n. 163/2009, la previsione del capitolato era relativa a due semplici display video di qualsiasi tipologia e senza caratteristiche particolari di fabbricazione o di provenienza, tali da non giustificare il ricorso ad un’interpretazione del bando diversa da quella letterale per salvaguardare le regole di libera concorrenza e di pari accesso a tutti gli offerenti altrimenti compromesse.

Alla luce delle argomentazioni che precedono il ricorso deve essere accolto per il primo motivo, con annullamento degli atti impugnati ed assorbimento di tutte le ulteriori censure.

Per effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione devono essere, altresì, dichiarati ex art. 122 c.p.a. l’inefficacia ex tunc del contratto stipulato dalla ASL con la Draeger Medical Italia s.p.a. ed ex art. 124 c.p.a. il subentro nella fornitura della ricorrente, unica offerente rimasta in gara.

La natura delle questioni trattate, suscettibili in verità, come avvenuto in sede cautelare, di diverse interpretazioni, giustifica l’integrale compensazione delle spese di lite, ad eccezione del contributo unificato, la cui rifusione è comunque dovuta alla ricorrente

dall'Amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando,

1. accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione;
2. dichiara ex art. 122 c.p.a. l'inefficacia del contratto stipulato dalla Asl con la Draeger Medical s.r.l.;
3. compensa tra le parti le spese di lite ad eccezione del contributo unificato che, ex art. 13, co. 6 bis del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, è dovuto in ogni caso dall'Amministrazione soccombente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Ofelia Fratamico, Presidente FF, Estensore

Manuela Sinigoi, Referendario

Antonino Masaracchia, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2012

IL SEGRETARIO

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