

N. 00653/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00213/2009 REG.RIC.
N. 00214/2009 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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

A) sul ricorso numero di registro generale 213 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Covidien Italia S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Guelfa 1;

contro

ESTAV - Ente per i servizi tecnico amministrativi dell'area vasta - Sud Est Toscana, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli 2;

ASL 7 - Siena, ASL 8 - Arezzo, ASL 9 - Grosseto, Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Nutricia Italia s.p.a., non costituita in giudizio;

B) sul ricorso numero di registro generale 214 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Cardinal Health Italy 311 S.r.l. società unipersonale, rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Guelfa 1;

contro

ESTAV - Ente per i servizi tecnico amministrativi dell'area vasta - Sud Est Toscana, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli 2;

ASL 7 - Siena, ASL 8 - Arezzo, ASL 9 - Grosseto, Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, non costituite in giudizio;

nei confronti di

B. Braun Milano s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso n. 213 del 2009:

- del provvedimento di esclusione della ditta Covidien Italia S.p.A., comunicato in data 15.12.2008 (prot. n. 23462/08), dalla procedura ristretta per la fornitura triennale di sistemi infusionali da destinare all'Azienda USL7 di Siena, all'Azienda USL8 di Arezzo, all'Azienda USL9 di Grosseto e all'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese gara 1 – lotto 4 (bando di gara spedito alla GUCE il 7.4.2008);

- del provvedimento comunicato dall'E.S.T.A.V. SUD-EST in data 19.1.2009 (prot. n. 1154/09) con il quale è stata confermata l'esclusione dalla gara della ditta Covidien Italia S.p.A.;

- di tutti gli atti precedenti, connessi e conseguenti quali: la lex specialis di gara, i verbali di gara, l'aggiudicazione provvisoria, l'aggiudicazione definitiva, il contratto;

con domanda di condanna al risarcimento del danno in forma specifica, o per equivalente monetario;

nonchè, con motivi aggiunti depositati il 15.4.2009:

- dell'atto di aggiudicazione definitiva della gara, per il lotto in questione, a Nutricia, di cui non è stata data comunicazione (adottato con deliberazione dell'Estav n. 334 del 10 marzo 2009);

- dell'atto di aggiudicazione provvisoria della gara di cui sopra, per il lotto in questione, a Nutricia (dell'11 febbraio 2009);

- del contratto stipulato;

con condanna al risarcimento del danno in forma specifica, o per equivalente monetario.

B) quanto al ricorso n. 214 del 2009:

- del provvedimento di esclusione della ditta Cardinal Health Italy S.R.L. società unipersonale, comunicato in data 15.12.2008 (prot. n. 23462/08), dalla procedura ristretta per la fornitura triennale di sistemi infusionali da destinare all'Azienda USL7 di Siena, all'Azienda USL8 di Arezzo, all'Azienda USL9 di Grosseto e all'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese gara n.1 – lotti nn. 1, 2,3 (rif.to A e B),7 (rif.to B), e gara 2-lotto n.1 (bando di gara spedito alla GUCE il 7.4.2008);

- del provvedimento comunicato dall'E.S.T.A.V. SUD-EST in data 19.1.2009 (prot. n. 1154/09) con il quale è stata confermata

l'esclusione dalla gara della ditta Cardinal;

- di tutti gli atti precedenti, connessi e conseguenti quali: la lex specialis di gara, i verbali di gara, l'aggiudicazione provvisoria, l'aggiudicazione definitiva, il/i contratto/i;

con domanda di condanna al risarcimento del danno in forma specifica, o per equivalente monetario;

nonchè, con motivi aggiunti depositati il 15.4.2009;

- dell'atto di aggiudicazione definitiva della gara, per i lotti in questione, a B. Braun di cui non è stata data comunicazione (adottato con deliberazione dell'Estav n.334 del 10 marzo 2009);

- dell'atto di aggiudicazione provvisoria della gara di cui sopra, per il lotto in questione, a B. Braun (dell'11 febbraio 2009);

- del contratto stipulato;

con condanna al risarcimento del danno in forma specifica, o per equivalente monetario.

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

Visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi di ESTAV Sud Est;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2012 il dott. Carlo

Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Con bando di gara del 7/4/2008 ESTAV sud-est ha indetto una

"Procedura ristretta per la fornitura triennale di sistemi infusionali da destinare all'Azienda USL7 di Siena, all'Azienda USL8 di Arezzo, all'Azienda USL9 di Grosseto e all'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese".

Alla procedura in questione, distinta in due gare e in più lotti, hanno partecipato, tra le altre imprese:

- Covidien Italia s.p.a. (per la gara 1 - lotto 4);
- Cardinal Health Italy 311 s.r.l. (per la gara 1 – lotti 1, 2, 3, 7 e per la gara 2 – lotto 1).

Entrambe le predette imprese, insieme ad altre, sono state però escluse dalla procedura ristretta avendo presentato *"campionatura limitatamente al materiale consumabile e non anche all'apparecchiatura, contravvenendo alle prescrizioni riportate nell'invito alla gara al punto III - Modalità di presentazione della documentazione tecnica e della campionatura – lett. D) campionatura dove si richiede: "per rif. Gara, almeno n. 2 pezzi per ogni prodotto previsto per ciascun Lotto di interesse, di cui agli Allegati I) e II) al Capitolato Speciale d'oneri (omissis) a pena di esclusione dalla gara (omissis)" e quindi tale da non permettere una valutazione completa dei sistemi offerti"* (così si legge nella comunicazione n. 23462 del 15/12/2008).

Alle successive richieste di riammissione in gara presentate dalle due società interessate, ESTAV sud-est ha replicato negativamente con nota n. 1154 del 19/1/2009.

Contro tali determinazioni Covidien e Cardinal hanno proposto i ricorsi, rispettivamente, n. 213 e n. 214 del 2009 formulando censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

ESTAV sud-est si è costituito in entrambi i giudizi chiedendo la

reiezione dei gravami perché infondati.

1.2) Nella camera di consiglio del 25 febbraio 2009 questo Tribunale ha respinto, con ordinanze nn. 176 e 177, le istanze cautelari proposte in entrambi i ricorsi; con ordinanza n. 2454/09 il Consiglio di Stato, sez. V, ha respinto l'appello proposto dalla società Covidien contro la citata decisione cautelare n. 176/09.

1.3) In entrambi i giudizi le imprese ricorrenti hanno depositato, in data 15/4/2009, motivi aggiunti con cui hanno esteso l'impugnazione agli atti di aggiudicazione definitiva della gara, per i lotti di rispettivo interesse.

Tutte le parti costituite hanno prodotto memorie in vista dell'udienza del 14 marzo 2012, in cui le due cause sono passate in decisione.

2) Va preliminarmente disposta la riunione dei giudizi sui ricorsi nn. 213 e 214 del 2009 per evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva.

3.1) La lettera di invito alla procedura ristretta di cui si discute dedicava il punto III alle "*Modalità di presentazione della documentazione tecnica e della campionatura*" e prescriveva che a complemento dell'offerta le ditte partecipanti dovevano presentare un plico sigillato contenente, oltre a documentazione tecnica relativa alle pompe, ai consumabili e al servizio di assistenza tecnica: "*D) campionatura: per rif. Gara, almeno n. 2 pezzi per ogni prodotto previsto per ciascun Lotto di interesse, di cui agli Allegati I) e II) al Capitolato Speciale d'oneri...*". La lettera di invito precisava che il plico in questione doveva "*essere inviato, entro il medesimo termine perentorio previsto per la presentazione delle offerte economiche,*

a pena di esclusione dalla gara..."; e conteneva la seguente clausola: "L'Amministrazione appaltante si riserva la facoltà di richiedere dimostrazioni sulle apparecchiature offerte e, nel caso, la Ditta concorrente dovrà mettere a disposizione la strumentazione per la prova, secondo modalità e termini stabiliti dalla Commissione Tecnica".

Le due imprese ricorrenti (insieme ad altre quattro, su otto concorrenti in totale) sono state escluse dalla gara per avere presentato la campionatura dei soli materiali consumabili e non anche delle apparecchiature, in tal modo non consentendo una valutazione completa dei sistemi offerti (cfr. verbale di gara n. 2 del 15/12/2008).

3.2) In entrambi i ricorsi si formulano, in sintesi, le seguenti censure:

- la lettera di invito non conteneva indicazioni puntuali che consentissero di estendere la campionatura alle apparecchiature; in ogni caso era plausibile un'interpretazione della *lex specialis* di gara che limitava l'onere della campionatura ai soli materiali consumabili; in tal senso induceva anche la clausola relativa alla riserva di richiedere dimostrazioni sulle apparecchiature offerte, che comportava (solo in quell'ipotesi) la presentazione della strumentazione necessaria, cioè delle apparecchiature; inoltre, la richiesta di inserire nella campionatura anche le pompe è irragionevole e sproporzionata perché oltremodo gravosa;

- anche ad ammettere che le ricorrenti non abbiano puntualmente osservato la prescrizione di gara relativa alla campionatura, tale omissione non comportava l'esclusione, posto che detta sanzione era prevista per la mancata o tardiva presentazione del plico e non per

carenze del suo contenuto;

- in ogni caso, a fronte della non inequivoca disposizione della *lex specialis* doveva prevalere il principio del *favor participationis*, che avrebbe evitato di escludere dalla procedura concorsuale sei concorrenti su otto.

3.3) Contrariamente a quanto sostenuto dalle società ricorrenti, dalla *lex specialis* di gara emergeva con sufficiente chiarezza l'obbligo per i concorrenti di presentare campioni non solo dei materiali consumabili, ma anche delle relative apparecchiature. Ciò in quanto:

- oggetto di gara era la fornitura di sistemi infusionali, costituiti da apparecchiature (pompe) e relativi "set dedicati" o "materiale dedicato"; in tal senso è inequivoco l'art. 1 del capitolato speciale d'onere, laddove precisa: "La fornitura in argomento deve intendersi comprensiva per ciascun lotto di quanto di seguito specificato:

- 1) consumabili.....;
- 2) pompe infusionali.....;
- 3) manutenzione ordinaria e straordinaria
- 4) formazione e addestramento.....".

A loro volta gli allegati I) e II) al capitolato speciale (richiamati al punto III lett. "D) campionatura" della lettera di invito) nel descrivere i prodotti richiesti, fanno riferimento sia ai materiali consumabili, sia alle pompe, di cui forniscono le specifiche tecniche.

In tale quadro non occorre un'espressa indicazione della *lex specialis* perché i concorrenti fossero tenuti a presentare anche la campionatura delle apparecchiature offerte; al contrario, una specifica

previsione occorre per legittimare la mancata presentazione delle pompe, pacificamente rientranti tra i prodotti offerti; perciò non può trovare spazio il richiamo al principio del *favor participationis*.

Non bastano, per indurre a diverse conclusioni, la circostanza che sei su otto concorrenti siano incorsi nel medesimo errore (avendo evidentemente proceduto ad una lettura superficiale della disciplina di gara) e la "riserva di dimostrazioni" contenuta nella lettera di invito, che non è affatto incompatibile con la presentazione della campionatura delle pompe, prevedendo oneri ulteriori ed eventuali ("*se del caso*") a carico dei partecipanti.

Non può neppure essere condivisa la tesi secondo cui l'obbligo di campionatura risulterebbe irragionevole e sproporzionato se riferito anche alle apparecchiature, posto che l'esame dei campioni era funzionale a verificare le caratteristiche dei prodotti offerti e la loro conformità alle specifiche tecniche: dunque tutt'altro che illogico e ingiustificatamente gravoso per i concorrenti.

Per quanto riguarda, infine, la sanzione dell'esclusione, essa è stata correttamente applicata dalla stazione appaltante; l'interpretazione della clausola della lettera di invito sostenuta dalle parti ricorrenti non è infatti convincente perché, limitando l'esclusione all'ipotesi di mancata o tardiva presentazione della documentazione richiesta, legittimerebbe (anzi, imporrebbe) di ammettere alla gara anche offerte prive del necessario supporto tecnico.

4) In relazione a quanto sopra i ricorsi in epigrafe (e i motivi aggiunti successivamente proposti) devono essere respinti.

Le spese dei giudizi riuniti vanno poste a carico delle parti soccombenti, secondo quanto precisato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- a) dispone la riunione dei giudizi sui ricorsi nn. 213 e 214 del 2009;
- b) respinge entrambi i ricorsi e i motivi aggiunti successivamente proposti;
- c) condanna le società ricorrenti al pagamento delle spese di causa in favore di ESTAV sud-est, nella misura di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge, a carico di ciascuna delle predette parti soccombenti; nulla per le spese nei confronti delle controparti non costituite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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