



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 111 del 2012, proposto da:

Medigas Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluca Gariboldi, Silvia Tizian, con domicilio eletto presso l'avv.to Silvia Tizian in Torino, c.so Castelfidardo, 21;

contro

Azienda Sanitaria Locale del Verbano Cusio Ossola - Asl Vco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Scaparone, Cinzia Picco, con domicilio eletto presso l'avv.to Paolo Scaparone in Torino, via S. Francesco D'Assisi, 14;

Asl di Biella, Asl di Novara, non costituite;

nei confronti di

Crio Salento S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Coscia, Matteo Chiosso, con domicilio eletto presso l'avv.to Marco Coscia in Torino, via Mercantini, 6;

per l'annullamento

della delibera n. 647 del 20.12.2011, comunicata alla società ricorrente in data 23.12.2011, con la quale il Commissario dell'ASL VCO ha aggiudicato in via definitiva a Crio Salento Srl la fornitura, in regime domiciliare, del servizio di ossigenoterapia occorrente alle ASL di Biella, di Novara e VCO di Omegna per il periodo quadriennale con decorrenza dall'1 aprile 2012 al 31.3.2016, ivi compresa la proposta di deliberazione del Direttore S.O.C., Gestione della fornitura e della logistica, allegata alla delibera sopra menzionata e il verbale di gara di cui alla seduta pubblica del 15.11.2011, nonché di ogni altro atto preordinato e comunque connesso; per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale del Verbano Cusio Ossola - Asl Vco e di Crio Salento S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2012 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR e impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione ed errata applicazione dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006. Violazione ed errata applicazione degli artt. 4.3 e 11 del Capitolato speciale di gara. Eccesso di potere per difetto di motivazione e illogicità manifesta. Contesta parte ricorrente che i concentratori di ossigeno proposti in gara dall'aggiudicataria non sono conformi alle prescrizioni di capitolato.

2. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione ed errata applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità. Contesta parte ricorrente che la ASL abbia ritenuto di ammettere offerte non conformi al capitolato, assumendo tale decisione dopo aver conosciuto il contenuto dell'offerta economica.

3. Violazione ed errata applicazione dell'art. iii.2.1 del bando di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposti. Contesta parte ricorrente che la ricorrente non abbia reso la prescritta dichiarazione di regolare esecuzione del sopralluogo.

4. Violazione ed errata applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006. Contesta parte ricorrente che sia stata omessa la presentazione delle dichiarazioni prescritte dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 in relazione ai direttori tecnici.

5. Violazione ed errata applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Contesta parte ricorrente che l'amministrazione non abbia proceduto alla verifica a campione dei requisiti tecnico-economici dichiarati dai concorrenti, prima dell'aggiudicazione.

6. Violazione ed errata applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del D.lgs. 163/2006. Violazione dei principi di trasparenza, par condicio e necessaria verbalizzazione di tutte le operazioni di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti, contraddittorietà e irragionevolezza.

Contesta parte ricorrente che non sia stata verificata l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Ha chiesto pertanto parte ricorrente l'annullamento dell'intera procedura di gara, con riedizione della medesima, per l'ipotesi di accoglimento dei primi due motivi di ricorso ovvero l'aggiudicazione a proprio favore (in quanto seconda classificata) per l'ipotesi di accoglimento delle ulteriori censure.

Si sono costituite l'amministrazione resistente e la controinteressata, contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

Con ordinanza n. 153/2012 l'istanza cautelare è stata respinta in primo grado; con ordinanza n. 1196/2012 della sezione terza del Consiglio di stato l'istanza cautelare è stata accolta ai fini della sollecita fissazione del merito.

All'udienza del 12.7.2012 la causa è stata discussa e decisa nel merito.

DIRITTO

Ritiene il collegio, alla luce degli approfondimenti propri del giudizio di merito, che il ricorso sia meritevole di accoglimento in relazione alle prime due censure dedotte.

La procedura per cui è causa ha ad oggetto la fornitura del servizio di ossigenoterapia domiciliare per il periodo 1.4.2012-31.3.2012 presso le ASL del Verbano Cusio Ossola, di Biella e di Novara. L'art. 4.3 del capitolato lett. a), b) e c) prescriveva i requisiti tecnici dei concentratori di ossigeno e dei relativi contenitori di base e trasportabili (in termini, tra l'altro, di capacità, flusso di ossigeno, peso).

E' pacifico che nessuno dei concorrenti ha proposto in gara prodotti esattamente conformi alle prescrizioni richieste dal bando.

Preso atto che nessuno dei concorrenti aveva soddisfatto interamente i requisiti tecnici di prodotto imposti dalla legge di gara l'amministrazione, dopo aver proceduto a visionare anche le offerte economiche, ha ritenuto di

ammettere comunque tutti i concorrenti, aggiudicando la gara all'offerta recante il prezzo più basso, secondo il criterio di aggiudicazione dettato dalla legge di gara.

Censura parte ricorrente siffatta modalità di procedere evidenziando come, di fatto, l'amministrazione abbia cambiato le prescrizioni del capitolato dopo aver conosciuto il potenziale esito della procedura (con individuazione del concorrente che aveva offerto il prezzo più basso e dell'ammontare di quest'ultimo), alterando così la *par condicio* dei concorrenti.

Replica la ASL resistente che manca nel capitolato una espressa previsione di esclusione del concorrente la cui offerta non fosse esattamente conforme e che, in ogni caso, posto che l'andamento della gara ha evidenziato che le richieste tecniche della stazione appaltante si collocavano sostanzialmente fuori mercato (nessuno degli aspiranti aggiudicatari è stato in grado di proporre prodotti esattamente conformi al capitolato), una riedizione della procedura si tradurrebbe verosimilmente in una modifica "al ribasso" delle prescrizioni tecniche, con partecipazione degli stessi concorrenti e offerta degli stessi prodotti; afferma quindi l'amministrazione di avere ritenuto opportuno mantenere in gara tutti i concorrenti (inclusa la ricorrente, la cui offerta pure sconta una non esatta conformità alle prescrizioni di capitolato) per economia procedimentale.

Infine evidenzia l'amministrazione che, il tipo di prodotto offerto, considerata l'aggiudicazione al prezzo più basso, non era determinante ai fini dell'aggiudicazione, sicchè neppure rileva che la valutazione di idoneità dei prodotti sia stata condotta dopo l'apertura delle offerte economiche.

La resistente e la controinteressata contestano poi anche la sussistenza, in capo alla ricorrente, di un vero e proprio interesse alle prime due censure, considerato appunto che la rigorosa applicazione delle prescrizioni tecniche del capitolato comporterebbe necessariamente l'esclusione dalla gara della stessa ricorrente la quale pure ha beneficiato della "ammissione in sanatoria" delle offerte da parte della stazione appaltante.

In sede cautelare il collegio ha valutato che la combinazione di un criterio di aggiudicazione matematico e la particolare evenienza per cui la stessa ricorrente non era stata in grado di rispettare i requisiti prescritti in gara giustificassero la soluzione adottata dall'amministrazione, appunto per ragioni di economia procedimentale.

Ai fini del giudizio di merito la ricorrente ha tuttavia approfondito le censure dettagliatamente evidenziando le caratteristiche delle offerte e le ragioni di rispettiva non conformità alla legge di gara. Se ne ricava (il dettaglio delle non conformità non è contestato dalle controparti) che, per i concentratori fissi, nessuna offerta era conforme quanto al flusso di aria e quanto al peso; per quest'ultima caratteristica, per altro, i prodotti proposti dalle due concorrenti divergono sensibilmente. Infatti, a fronte di una prescrizione di bando di peso inferiore a 15 kg., la ricorrente ha proposto un modello del peso di 16,3 kg. nonché un modello conforme (14 kg.); l'aggiudicataria ha invece offerto un modello non conforme, del peso di 27 kg. Quanto ai concentratori portatili la ricorrente ha offerto un modello conforme per flusso di aria e l'aggiudicataria un modello non conforme; l'aggiudicataria ha poi proposto modelli parzialmente non conformi anche per rumorosità e durata delle batterie; infine, in relazione al peso, la ricorrente ha proposto un modello conforme (il bando prescriveva 5 kg.) e un modello non conforme (con peso pari a 8,5 Kg) mentre l'aggiudicataria ha proposto un modello non conforme del peso di 12 kg.

Ritiene il collegio che la analitica comparazione delle offerte evidenzi quanto segue: le offerte si discostano dalle prescrizioni di bando in modo significativo e vario; non si tratta cioè di minimali scostamenti o, per ipotesi, di una unica caratteristica difforme e comune a tutti i prodotti, ad esempio per ragioni di omogeneità dei medesimi su un determinato mercato. In verità, infatti, le non conformità coinvolgono diverse caratteristiche e per taluni aspetti (ad esempio il peso) sono particolarmente divergenti tra loro (un peso di 12 kg., a fronte di una prescrizione di 5 kg., significa che il prodotto pesa più del doppio di quanto richiesto).

Ritiene pertanto il collegio che non possa accedersi alla tesi dell'amministrazione, secondo cui ragioni di economia

procedimentale e ragioni di mercato consigliavano di sanare vizi sostanzialmente omogenei delle offerte, in quanto comuni a tutti i concorrenti e quindi non lesivi della *par condicio*; per contro l'unico dato effettivamente comune alle offerte è la non conformità alla legge di gara, la quale tuttavia si è articolata su tali e tanti parametri e ha presentato scostamenti talmente variabili da offerta a offerta, a seconda del maggiore o minore sforzo di conformità da parte del concorrente, da indurre una non comparabilità delle offerte.

Ancorchè infatti l'art. 4.3 del capitolato non prescrive espressamente, nel suo testo, una sanzione di esclusione, è altresì vero che esso si esprime in termini imperativi (es. : "il peso del contenitore trasportabile a pieno dovrà essere compreso tra Kg. 2 e Kg. 5"); inoltre il successivo articolo 11 stabilisce che "a pena di esclusione dalla gara devono essere rispettate tutte le sottoelencate prescrizioni... "si dovrà proporre l'esecuzione richiesta in conformità ai contenuti indicati ai precedenti articoli 2 e 4"... "non sono accettate, a pena di non ammissione alla gara, offerte di prodotti/prestazioni aventi requisiti/modalità alternativi a quelli indicati"". E' poi da considerarsi che, anche il criterio di aggiudicazione prescelto (prezzo più basso), che non consente alcuna valutazione del merito tecnico dell'offerta, si confà ad una legge di gara in cui le caratteristiche dei prodotti siano stringenti e comunque strutturalmente omogenee, poiché, in caso diverso, si rischia una sorta di incomparabilità dei prodotti e quindi dei prezzi. La scelta adottata dall'amministrazione sarebbe dunque stata ammissibile a fronte di scostamenti dal capitolato omogenei o pressochè identici e strettamente e univocamente dettati dal mercato, i quali solo non avrebbero potuto sensibilmente incidere sulla parità tra concorrenti e avrebbero consentito una sorta di "sanatoria per economia procedimentale"; per contro una significativa variabilità, quale quella in concreto verificatasi, inficia lo stesso meccanismo comparativo, poiché caratteristiche così scostanti tra loro non possono che riflettersi inevitabilmente sul prezzo, unico parametro rilevante per l'aggiudicazione, a fronte tuttavia di presupposti non più ragionevolmente comparabili.

Si ritiene dunque che il primo motivo di ricorso debba trovare accoglimento; altresì non pare corretto che la valutazione di mantenere tutti i concorrenti in gara sia stata effettuata dopo aver conosciuto gli esiti economici della medesima. E' infatti evidente che siffatta valutazione (che nel concreto, e data la varietà degli scostamenti, non pare essere una soluzione dettata dalle oggettive necessità di mercato), essendo intervenuta dopo aver conosciuto la convenienza delle offerte economiche non può che essere stata influenzata anche dall'interesse al mantenimento dell'insperato risultato economico, esito però di offerte tra loro significativamente difformi

In definitiva, ancorchè l'accoglimento del ricorso comporti la riedizione della gara, ponendo in evidenza una problematica comune anche all'offerta della ricorrente, essa ha puntuale interesse a tale soluzione considerato che il prezzo offerto è stato inevitabilmente influenzato dalle significative differenze di qualità dei prodotti proposti; conseguentemente è attuale e concreto l'interesse ad una riedizione della gara che assicuri omogeneità di beni offerti e connessa comparabilità delle offerte economiche, ove questo sia l'unico parametro di aggiudicazione, ovvero a una valutazione anche qualitativa dei prodotti, si dà portare in rilievo, ai fini dell'aggiudicazione, le eventuali migliori caratteristiche di determinati prodotti.

L'accoglimento dei primi due motivi di ricorso comporta il travolgimento dell'intera gara, con conseguente assorbimento delle ulteriori censure.

La peculiarità della vertenza comporta la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; compensa le spese di lite

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/08/2012

IL SEGRETARIO

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