



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 412 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla:

Sca Hygiene Product Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo Salvemini, con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' in Trieste, via Donota 3;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria "Santa Maria Della Misericordia" di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentata e difesa dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso il suo studio, in Trieste, via Donota 3;

nei confronti di

La Santex Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Mauro Ballerini, Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, via Filzi 4;

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo:

- del Bando di Gara per il servizio di fornitura e distribuzione di prodotti per l'incontinenza (ID10SER206.2) del 13.07.2011 (ID:2011-097816); del Capitolato Speciale per l'affidamento del servizio di fornitura e distribuzione di prodotti per l'incontinenza (ID10SER206.2); -del documento denominato Norme di partecipazione alla gara a procedura aperta per il servizio di fornitura e distribuzione di prodotti per l'incontinenza; ·
- del Verbale n. 1 del 06.09.2011, del Verbale n. 2 del 20.09.2011 e dei relativi allegati,
- della Determinazione del Direttore Generale n. 1313 del 05.10.2011 con cui sono stati approvati i suddetti verbali;
- del Verbale n. 1 del 30.09.2011, del Verbale n. 2 del 21.10.2011, del Verbale n. 3 dell'01.12.2011, del Verbale n. 4 del 24.01.2012, del Verbale n. 5 del 10.04.2012, del Verbale n. 6 del 04.06.2012, del Verbale n. 7 del 04.06.2012 e dei relativi allegati;
- delle Comunicazioni prot. 00200 del 02.01.2012, prot. 63972 del 25.10.2011 e della Comunicazione del 14.11.2011;
- della Comunicazione n. 61216 datata 23.10.2012 ricevuta in data 24.10.2012 con la quale veniva data notizia dell'aggiudicazione definitiva della Gara;
- della Determinazione Dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi n. 1147/2012 del 22.10.2012 - aggiudicazione definitiva - con la quale è stato determinato "di approvare le risultanze delle operazioni di gara così come indicate nei verbali della commissione giudicatrice in premessa citati, per l'affidamento della fornitura e distribuzione di prodotti per l'incontinenza; di aggiudicare la fornitura in oggetto alla ditta SANTEX SPA per la

durata di 48 mesi per l'importo presunto di Euro 28.072.412,80;

-di tutti gli atti precedenti, preposti, connessi, conseguenti e successivi anche se non conosciuti. '

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 17.6.2013:

-della Determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi n. 1147/2012 dd. 22.10.2012-aggiudicazione definitiva- con la quale è stato determinato "di approvare le risultanze delle operazioni di gara così come indicate nei verbali della commissione giudicatrice in premessa citati(allegati A e relativi 1 e 2), per l'affidamento della fornitura e distribuzione di prodotti per l'incontinenza - ID10SER206.2; di aggiudicare la fornitura in oggetto alla ditta Santex spa per la durata di 48 mesi ; di prendere atto che il presente provvedimento diverrà efficace ai sensi dell'art. 11 comma 8 Dlgs 163/2006 all'esito favorevole dei controlli relativi ai requisiti di cui all'art. 38; di procedere alla stipula del contratto dando mandato al competente ufficio; di trasmettere il presente provvedimento alle parti interessate per gli adempimenti di competenza e dei relativi allegati; previa e conseguente aggiudicazione del contratto stipulato, per l'aggiudicazione definitiva del servizio di fornitura e distribuzione dei prodotti per l'incontinenza del 13.7.2011 alla SCA IYGIENE PRODUCTS spa;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria "Santa Maria Della Misericordia" Di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi e di Santex Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Santex Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Gianni Zgagliardich, Mauro Ballerini, con domicilio eletto presso il primo, in Trieste, via Filzi 4;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Umberto Zuballi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ditta ricorrente ha partecipato alla gara per il servizio di fornitura e distribuzione di prodotti per l'incontinenza indetta dal Dipartimento servizi condivisi dell'azienda ospedaliera Santa Maria della misericordia di Udine, collocandosi al secondo posto.

Spiega poi come l'articolo 7 delle norme di partecipazione prevedeva tre fasi principali della gara, la prima in seduta pubblica per l'accertamento della regolarità delle modalità di presentazione e l'apertura dei plichi, per la prova - previo sorteggio di una tra le ditte partecipanti - del possesso dei requisiti ai sensi dell'articolo 48 del decreto legislativo 163 del 2006, per l'esame dei documenti di partecipazione, per l'ammissione o esclusione dei concorrenti, per la trasmissione dell'elenco delle ditte e della documentazione tecnica alla commissione giudicatrice.

Nella seconda fase, in seduta non pubblica, la commissione doveva procedere alla valutazione tecnico qualitativa della fornitura, alla verifica della rispondenza con le modalità richieste e all'attribuzione dei punteggi. La valutazione doveva svolgersi prima presso la Stazione sperimentale di un laboratorio specializzato, e poi tramite le prove di eseguire sugli utenti presso due case di riposo. Era previsto poi che le ditte partecipanti avrebbero dovuto trasmettere la documentazione e la campionatura secondo le modalità indicate dalla stazione appaltante.

La terza fase, in seduta pubblica, era prevista per l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche,

l'assegnazione dei punteggi e infine per l'aggiudicazione dell'appalto.

La ditta ricorrente sostiene che la procedura in concreto seguita non avrebbe rispettato quanto previsto dal bando di gara e deduce i seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità e difetto di istruttoria. Osserva l'interessata che nonostante l'apertura della documentazione amministrativa e di quella tecnica sia avvenuta in seduta pubblica, non risulta effettuata in seduta pubblica l'apertura di controllo dei campioni che i concorrenti avevano inviato al laboratorio per le prove sui prodotti nonché le campionature che ogni concorrente ha trasmesso alla stazione appaltante e che questa ha trasmesso a sua volta alle case di riposo per le prove sugli utenti.

La ditta sostiene poi che la commissione non avrebbe effettuato alcun controllo sui campioni trasmessi dai concorrenti, onde verificare che non si fossero verificate alterazioni rispetto ai campioni esaminati dalla commissione. Tale controllo comunque doveva essere effettuato in seduta pubblica e da ciò la ditta istante fa discendere l'illegittimità dell'intero procedimento.

Con la seconda articolata censura deduce l'illogicità dei criteri valutativi e le violazioni del principio di divieto di commistione tra i requisiti tecnici ed economici. A tale proposito osserva come le norme di partecipazione alla gara all'articolo 4 lettera d) stabiliscono che le partecipanti alla gara dovevano produrre documentazione relativa al servizio offerto redatta secondo lo schema riportato; quest'ultimo individuava un parametro relativo alle proposte migliorative nella gestione integrata del servizio, che includeva la quantificazione della presunta riduzione in percentuale senza alcun riferimento che riconducesse all'offerta economica. Secondo la ditta istante, tale disposizione si concreterebbe in un parametro non comprensibile, non ben determinato e in grado di distorcere la gara, in quanto non garantirebbe la separazione tra offerta tecnica e offerta economica.

Con la terza censura deduce il difetto di istruttoria in quanto, nonostante che il verbale della gara avesse previsto di chiedere alla ditta vincitrice SANTEX la dimostrazione del possesso dei requisiti ex articolo 48, in concreto tale accertamento non si sarebbe verificato.

Con la quarta doglianza denuncia la violazione dell'articolo 38 comma uno lettera h) del decreto legislativo n. 163 del 2006, in quanto la ditta SANTEX doveva essere esclusa, risultando iscritta nel casellario informatico, il che comportava l'esclusione dalle gare per un anno. Inoltre la medesima ditta doveva essere esclusa per essere incorsa in un provvedimento di risoluzione contrattuale.

Resiste in giudizio la ditta SANTEX opponendosi al ricorso e proponendo altresì un ricorso incidentale finalizzato a una dichiarazione di esclusione dell'offerta della ditta ricorrente SCA, per violazione del divieto di subappalto sancito dall'articolo 13 del capitolato speciale.

Quale unico motivo del ricorso incidentale denuncia la violazione dell'articolo 118 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'articolo 13 del capitolato. La ditta SCA ha invero qualificato come subfornitura l'attività riguardante il magazzinaggio e la consegna dei prodotti, mentre tali due attività andrebbero considerate come un subappalto, come previsto dal citato articolo 118, comma undicesimo.

Resiste in giudizio anche l'Azienda ospedaliera la quale contesta l'intero ricorso; per quanto riguarda le prove pratiche svolte presso il laboratorio osserva come le ditte partecipanti avevano ricevuto una comunicazione da cui risultava la possibilità di assistere alle prove medesime. Quanto ai campioni, osserva come essi fossero chiaramente identificabili tramite i codici specifici, richiamati nel rapporto di prova del laboratorio. Lo stesso vale per i campioni inviati alle due case di riposo.

Contesta poi anche gli altri motivi di ricorso concludendo per il suo rigetto.

Con appositi motivi aggiunti depositati il 17 giugno 2013 la ditta istante chiede l'annullamento della Determinazione dirigenziale n. 1147 del 2012 del 22 ottobre 2012 recante l'aggiudicazione definitiva.

A sostegno deduce la violazione degli articoli 118 commi 2 e 9 del d Lgs 163 del 2006 e dell'art 13 del Capitolato. Nel caso si sarebbe verificato un subappalto di opere già ricevute in subappalto, un vietato "subappalto a cascata".

Con memoria depositata il 20 settembre 2013 la Santex eccepisce la inammissibilità dei motivi aggiunti per carenza di giurisdizione, trattandosi di violazione della disciplina di esecuzione del contratto e per difetto di legittimazione in capo alla SCA.

Con memoria depositata il 21 settembre 2013 l'Azienda ospedaliera eccepisce il difetto di giurisdizione sui motivi aggiunti e in subordine la loro infondatezza.

Con apposita istanza depositata in data 27 settembre 2013 parte ricorrente ha chiesto ex articolo 116 comma II del Codice del processo amministrativo l'accesso ad alcuni documenti accesso rifiutato dall'amministrazione. Contesta in diritto le ragioni di detto diniego.

Infine nella pubblica udienza del 9 ottobre 2013, dopo ampia discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

Oggetto del presente ricorso è l'aggiudicazione della gara per il servizio di fornitura e distribuzione di prodotti per l'incontinenza indetta dal Dipartimento servizi condivisi dell'azienda ospedaliera Santa Maria della Misericordia di Udine, gara in cui la ricorrente SCA si collocava al secondo posto, dopo la vincitrice SANTEX.

Corre l'obbligo di esaminare in via preliminare il ricorso incidentale, in quanto una sua eventuale fondatezza comporterebbe l'improcedibilità del ricorso.

Nell'unico motivo del ricorso incidentale si denuncia la violazione dell'articolo 118 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e dell'articolo 13 del capitolato. La ditta SCA ha invero qualificato come subfornitura l'attività riguardante il magazzinaggio e la consegna dei prodotti, mentre tali due attività andrebbero considerate come un subappalto, alla luce del citato articolo 118, comma undicesimo.

La censura risulta priva di pregio, in quanto il fatto che la ditta vincitrice abbia dichiarato di avvalersi di altra ditta per il magazzinaggio e la consegna dei prodotti, non implica affatto automaticamente che si tratti di un subappalto, ove l'attività di direzione e organizzativa rimanga in capo alla ditta vincitrice della gara (TAR Sardegna n. 909 del 2012); in altri termini la censura si sostanzia in una mera illazione non dimostrata.

Inoltre, l'utilizzo abusivo del subappalto attiene alla fase di esecuzione del contratto e non incide affatto sulla gara, posto che la dichiarazione della vincitrice può essere interpretata come una modalità organizzativa che non comporta necessariamente l'utilizzo del subappalto, vietato nel caso.

Il ricorso incidentale va pertanto rigettato.

Quanto ai motivi aggiunti, va accolta l'eccezione relativa alla loro inammissibilità per difetto di giurisdizione, in quanto prospettano una fattispecie di inadempimento contrattuale riferito alla fase successiva alla stipula del contratto, che, secondo una costante giurisprudenza dalla quale questo Collegio non trova ragioni per discostarsi, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

Per tali ragioni va rigettata anche la richiesta di accesso che riguarda atti attinenti alla fase di esecuzione del contratto e quindi ad una fase estranea alla giurisdizione di questo Tribunale.

Venendo ora al ricorso principale, il primo articolato motivo contesta la violazione del principio di pubblicità, trasparenza e imparzialità oltre che il difetto di istruttoria, in quanto non sarebbero stati effettuati in seduta pubblica l'apertura e il controllo delle campionature che i concorrenti erano tenuti inviare al laboratorio di controllo per le prove sui prodotti, nonché delle campionature trasmesse alla stazione appaltante e che quest'ultima ha inviato alle varie case di riposo per effettuare le prove sugli utenti. In particolare, la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare un controllo sui campioni onde verificare la loro corrispondenza con quelli

inviati al laboratorio e alle case di riposo, tramite un controllo da effettuarsi in seduta pubblica.

Come emerge dai verbali in atti, risulta che la commissione in seduta pubblica ha provveduto ad accertare che i concorrenti avessero trasmesso l'offerta tecnica nella sua interezza, inclusi i campioni, identificabili attraverso un codice identificativo da cui si poteva desumere la corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto trasmesso alla commissione, al laboratorio e alle case di riposo. I codici identificativi risultano nel caso completi e dettagliati, per cui non appare possibile alcuna sostituzione dei prodotti, per cui risulta accertata la corrispondenza quindi dei codici identificativi indicati sia dai concorrenti, sia dal laboratorio sia infine dalle case di riposo.

Va poi rilevato che, in base alla legge e conformemente a quanto indicato dall'adunanza plenaria 13 del 2011, l'esame in seduta pubblica dell'offerta tecnica implica unicamente la verifica che sia allegata l'intera documentazione richiesta, mentre non risulta da nessuna norma l'obbligo di verificare il contenuto dei prodotti trasmessi e la loro corrispondenza con i campioni.

La prima censura risulta quindi priva di giuridico pregio.

Con la seconda doglianza parte ricorrente contesta l'articolo quattro lettera d) delle norme di partecipazione alla gara nella parte in cui obbliga i concorrenti a produrre la documentazione relativa al servizio secondo lo schema riportato, tra cui si prevedono le proposte migliorative, i dettagli sulle proposte stesse e la quantificazione della presunta riduzione in percentuale, senza riferimento economico che possa ricondurre all'offerta economica. Secondo la ditta istante detto parametro non sarebbe di facile comprensione e porterebbe a un'inammissibile commistione tra offerta tecnica di offerta economica.

Anche tale doglianza non coglie nel segno, in quanto la previsione non solo appare comprensibile, tant'è che la stessa ricorrente ha formulato la propria proposta in tal senso, ma inoltre non è affatto in grado di svelare i contenuti dell'offerta economica, anche perché la percentuale sul prezzo - non indicato e non conosciuto - non consente affatto alcuna commistione tra offerta tecnica e offerta economica.

La terza censura riguarda la violazione dell'articolo 48 del decreto legislativo 163 del 2006, in quanto la ditta vincitrice non avrebbe comunicato i requisiti previsti da tale norma. Tale doglianza risulta infondata in fatto prima ancora che in diritto, in quanto la ditta SANTEX ha dato riscontro del possesso della documentazione prevista con una nota del 15 settembre 2011, effettuata su richiesta della stazione appaltante.

Con la quarta doglianza si lamenta la violazione dell'articolo 38 comma primo lettera h) del citato decreto legislativo 163 del 2006, in quanto la ditta vincitrice sarebbe stata iscritta nel casellario informatico con conseguente divieto di partecipazione alle gare per un anno. Tale dato non corrisponde a verità, in quanto la precedente sanzione comminata alla ditta vincitrice il 15 gennaio 2009 risulta posta nel nulla dalla sentenza del Tar Liguria 487 del 2011, che ha dichiarato inesistente ex tunc la sanzione.

Sempre con la medesima censura si sostiene che la SANTEX era stata oggetto di un risoluzione contrattuale; senonché tale evento, risalente al 2005, è ancora oggetto di contestazione in sede giudiziale con un processo ancora pendente. Inoltre, la sanzione di cui all'articolo 38 comma uno lettera f) presuppone un accertamento dell'inaffidabilità dell'impresa, che nel caso è del tutto mancante.

Per tutte le suindicate ragioni il ricorso risulta privo di giuridico pregio e va rigettato, laddove le spese di giudizio - secondo l'usuale regola del codice - fanno carico alla società ricorrente e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso incidentale, rigetta il ricorso principale e dichiara il proprio difetto di giurisdizione sui motivi aggiunti.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese e onorari di giudizio che liquida in € 4.000 a favore della

stazione appaltante e euro 3.000 a favore della ditta controinteressata, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente, Estensore

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2013

IL SEGRETARIO

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