



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1086 del 2013, proposto dalla Instrumentation Laboratory con sede a Milano in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con lui elettivamente domiciliato a Genova in via Corsica 19/10 presso l'avvocato Daniela Anselmi;

contro

Azienda regionale sanitaria con sede a Genova in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Cocchi e Girolamo Taccogna, con domicilio eletto presso di loro a Genova in via Macaggi 21/8;

nei confronti di

Siemens Healthcare Diagnostics srl con sede a Milano in persona dei legali rappresentanti in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti e Andrea Masetti, con domicilio eletto presso quest'ultimo a Genova in via xxv aprile 11A-3-B;

Regione Liguria,

Azienda Sanitaria Locale N. 2 "Savonese",

Azienda Sanitaria Locale N. 3 "Genovese",

Azienda Sanitaria Locale N. 5 "Spezzino",

Ospedale Evangelico Internazionale - Genova,

I.R.C.S.S. "Istituto Giannina Gaslini ",

I.R.C.S.S. Aou San Martino - I.S.T.;

con il ricorso principale

della determinazione dell'ARS 16.9.2013, n. 86

della determinazione dell'ARS 12.2.2103, n. 2

dell'aggiudicazione provvisoria 30.7.2013;

di tutti i verbali di gara

nei limiti di cui ai motivi, della deliberazione 26.9.2012, n. 82 del CRA, come modificato ed integrato;

del bando di gara;

del diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del d.lvo 12.4.2006, n. 163;

CON IL RICORSO INCIDENTALI

degli atti tutti impugnati con il ricorso principale

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ARS, azienda regionale sanitaria, e della controinteressata;

viste le memorie depositate;

visto l'atto notificato contenente motivi aggiunti di impugnazione;

visti gli atti e le memorie depositate;;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2013 il dott. Paolo Peruggia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Instrumentation Laboratory srl si ritiene lesa dagli atti indicati in epigrafe, per il cui annullamento ha notificato l'atto 16.10.2013, depositato il 28.10.2013, fondato sui seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lvo 12.4.2006, n. 163, del dpr 445 del 2000, della legge speciale di gara con i relativi allegati, , del principio di completezza e serietà delle offerte, eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 81, 83 e 84 del d.lvo 12.4.2006, n. 163, violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara e del capitolato, eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e seguenti del d.lvo 12.4.2006, n. 163 e degli allegati G e P del dpr 207 del 2010, eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 81, 83 e 84 del d.lvo 12.4.2006, n. 163, violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara e del capitolato, eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 7.8.1990, n. 241, dell'art. 83 del d.lvo 12.4.2006, n. 163, della legge di gara, degli allegati G e P del dpr 207/2010, eccesso di potere per omessa e carente istruttoria, disparità di trattamento, illogicità, travisamento, perplessità.

E' richiesto il risarcimento del danno.

Si sono costituiti in giudizio con distinte memorie l'azienda regionale sanitaria e la controinteressata, entrambe chiedendo respingersi la domanda.

Con atto notificato il 18.11.2013, depositato il 20.11.2013, la controinteressata ha impugnato gli atti tutti che la ricorrente aveva gravato in via principale, deducendo:

violazione degli artt. 3, 46, 55 e 70 del d.lvo 12.4.2006, n. 163, dell'art. 1 della legge 7.8.1990, n. 241, dell'art. 97 cost., eccesso di potere per illogicità e difetto di motivazione, violazione dei principi di buon andamento, efficienza ed efficacia e proporzionalità.

Violazione della legge di gara con riferimento all'art. 1 del disciplinare e capitolato tecnico.

Nel corso della camera di consiglio fissata per la discussione della domanda cautelare le parti hanno optato per una sollecita discussione della causa nel merito, istanza a cui il collegio ha acceduto.

Sono state depositate le memorie conclusionali.

La Instrumentation Laboratory srl (di seguito, IL) censura l'esito della gara indetta a suo tempo dal consorzio

regionale acquisti, poi azienda regionale sanitaria, per l'acquisizione e la gestione di un sistema completo del reparto di patologia clinica dell'asl 3 genovese, limitatamente al lotto n. 1: le due imprese restarono le uniche a contendersi la fornitura, ed all'esito delle operazioni sono stati adottati gli atti impugnati.

In particolare va notato che la ricorrente è risultata aver formulato la proposta negoziale che il seggio ritenne tecnicamente più valida, ma l'applicazione dei punteggi stabiliti dalla legge di gara ha comportato l'attribuzione della preferenza alla controinteressata, visto il risultato dell'apprezzamento dell'offerta economica.

Tanto premesso si osserva che le parti argomentano in ordine alla trattazione delle censure rispettivamente proposte, nel senso che la controinteressata sottolinea la natura potenzialmente paralizzante delle doglianze che ha allegato, mentre parte ricorrente ne contesta tale efficacia.

Il collegio osserva a tale riguardo che l'evoluzione della giurisprudenza (cons. Stato, a.p. 2011, n. 4 e corte giust. UE 4.7.2013, n. 102/12) consente di ritenere che nella materie regolate dal diritto comunitario non è tanto la natura della posizione delle parti ad incidere sulla graduazione nell'esame delle censure, quanto la loro eventuale fondatezza; in tal senso la giurisprudenza comunitaria ha corretto quella interna, rilevando che la tradizionale strutturazione che la normativa italiana ha dato al giudizio sugli interessi legittimi non può inibire la verifica delle posizioni sostanziali di ciascuna parte, così come richiesto dalla direttiva 89/665/cee del 21.12.1989.

Ne deriva che in questa particolare materia le tradizionali distinzioni tra ricorso principale e incidentale non possono più spiegare gli effetti che la giurisprudenza ricollega loro, dovendosi al contrario scendere alla verifica della fondatezza sostanziale dei motivi rispettivamente dedotti.

Le considerazioni che precedono consentono di passare all'esame delle censure.

Con la prima di esse la ricorrente denuncia la violazione della legge di gara operata dalla domanda di partecipazione inoltrata dalla controinteressata aggiudicataria: tale atto venne infatti sottoscritto dal dottor Alberto Biraghi, procuratore della società come dalla manifestazione di volontà rilasciata dai suoi legali rappresentanti, e tra le attività demandate al nominato a firma singola non risulta la potestà di presentare offerte per la partecipazione alle gare.

Le parti resistenti contestano tale prospettazione che attribuiscono all'equivoco rinvenibile nelle avversarie tesi tra le nozioni di domanda di partecipazione e di offerta, e chiedono respingersi la domanda.

Parte controinteressata ha poi dedotto un motivo di ricorso incidentale volto a far dichiarare l'illegittimità della legge di gara, per il caso in cui essa potesse essere interpretata nel senso di non poter distinguere tra la domanda di partecipazione e le offerte concretamente inoltrate.

Le parti hanno esposto le divergenti letture della normativa di riferimento anche nelle memorie conclusionali.

Il collegio deve notare che la legge (artt. 73 e seguenti del d.lvo 12.4.2006, n. 163) distingue la specie della domanda di partecipazione da quella dell'offerta, precisando che la prima (comma 3) è soprattutto funzionale a consentire alla stazione appaltante di discernere quali sono i soggetti che sarà utile invitare od ammettere alla selezione, "... nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto...". Ne consegue che non può essere condivisa la tesi emersa in giurisprudenza, e citata anche nella memoria conclusionale della ricorrente, secondo cui offerta e domanda di partecipazione sarebbero nozioni sovrapponibili.

Quest'ultima non rappresenta ancora un atto contenente la proposta negoziale rivolta al soggetto banditore, che potrà essere invece presentata dopo che la parte pubblica avrà scrutinato quanto ricevuto. Oltre a ciò si osserva che (art. 73 comma 1) le domande di partecipazione, a differenza delle offerte negoziali vere e proprie, possono essere formulate anche per telefono, cosa che delinea la loro natura informale e non impegnativa per la parte privata.

Alla luce delle considerazioni che precedono va condivisa la tesi secondo cui alla controinteressata non necessitava

la produzione di una domanda di partecipazione a doppia firma, secondo la volontà da lei espressa nel negozio di procura citato, per cui i poteri esercitati dal dottor Biraghi allorché sottoscrisse l'atto per cui è censura erano fondati sul corretto esercizio delle attribuzioni societarie.

Il motivo è pertanto infondato e va respinto.

La seconda articolata censura denuncia l'omissione della stazione appaltante, che avrebbe dovuto escludere l'offerta della controinteressata in quanto carente di alcuni requisiti stabiliti, appunto, a pena di esclusione.

Con una prima doglianza si lamenta la mancata rispondenza delle caratteristiche del sistema offerto dalla controinteressata, che non risponderebbe a quanto previsto dal punto 9 delle caratteristiche minime richieste al sistema analitico A, B e C per il sistema di coagulazione di cui a pagina 6 del capitolato tecnico. A tenore della censura la strumentazione contemplata dalla proposta non sarebbe idonea, in quanto non ammetterebbe la sovrascrittura delle curve di un lotto o di lotti diversi, e nelle specifiche tecniche allegate chiarirebbe che sul medesimo floppy disk non è possibile salvare le diverse curve standard di un medesimo test.

Il tribunale rileva che la questione è relativa ai requisiti minimi previsti dalla legge di gara, in quanto distinti dalle qualità dell'offerta che sono poi destinate ad essere oggetto di valutazione; per ciò è corretta la tesi della ricorrente secondo cui la verifica in fatto del difetto denunciato avrebbe dovuto comportare l'esclusione della concorrente.

Tuttavia sembra carente il presupposto concreto da cui muove il motivo, posto che nessuna norma di gara impone che sia unico il supporto fisico su cui sono destinate ad essere memorizzate le curve di calibrazione dei materiali organici analizzati; oltre a ciò l'impiego dei floppy disk risponde ad una tecnica recessiva, posto che la tecnica conosce ormai gli hard-disk esterni, quelli cosiddetti a chiavetta e le 'nuvole' elettroniche, sì che l'esigenza di parametrare dei requisiti così importanti al floppy appare superata.

Il motivo è pertanto infondato.

Con una seconda censura (punto 10 delle caratteristiche minime richieste al sistema analitico A, B e C per il sistema analitico di coagulazione di cui a pagina 6 del capitolato tecnico) si lamenta l'omessa predisposizione del sistema della controinteressata per il re-run (id est, riavvio) automatico al di fuori degli intervalli di normalità, terapeutico e di linearità: i prodotti menzionati nella proposta negoziale in questione sarebbero in grado di azionare il riavvio automatico del sistema di analisi solo ricorrendo l'ipotesi di un campione fuori norma (fuori range), mentre la legge di gara richiedeva che tale funzione fosse attiva nelle tre circostanze citate.

La difesa di ARS e della controinteressata contestano la doglianza in esame, ascrivendone l'origine ad una valutazione non approfondita della proposta contrattuale avanzata dalla controinteressata.

Il tribunale rileva che in effetti il reflex test che compone l'offerta della Siemens Healthcare Diagnostics risulta in grado di rieditare un esame nel caso in cui la precedente applicazione del sistema al materiale organico abbia offerto dati suscettivi di dubbio, nelle tre accezioni indicate dal capitolato. Ne consegue che la proposta contrattuale della controinteressata appare rispondente alla legge di gara, anche senza voler considerare il software Hemalink che è compreso nel pacchetto offerto, e che amplia la gamma delle possibilità ipotizzabile, benché non in via automatica.

Anche questo motivo è pertanto infondato e va disatteso.

L'interessata denuncia l'illegittimità della proposta della Siemens anche sul successivo punto 12 delle

caratteristiche minime richieste al sistema analitico A, B e C per il sistema analitico di coagulazione di cui a pagina 6 del capitolato tecnico: si lamenta che la proposta riguarda della strumentazione che è in grado di memorizzare numerose operazioni eseguite dall'operatore, mentre il punto indicato del capitolato richiede che esse siano tutte memorizzate; dal che deriverebbe l'inidoneità dell'offerta e la necessità della sua esclusione.

Il tribunale osserva che la compendiosa proposta negoziale della controinteressata dedica all'argomento degli allegati di decine di pagine con dati ed immagini, da cui è possibile dedurre che il sistema CA7000 approvato dalla commissione risponde ai requisiti del punto 12 del capitolato, posto che vi si legge che le operazioni eseguite dall'operatore, sia corrette che errate, sono oggetto di tracciamento.

Tale assunto non appare collidente con quanto si deduce dal verbale di gara, secondo cui numerose funzioni sarebbero memorizzate, soprattutto perché il motivo non espone quali sono le modalità di utilizzo dello strumento che renderebbero risultati insufficienti rispetto alle richieste della legge di gara.

Anche questa censura non merita favorevole considerazione, con che il secondo articolato motivo va respinto.

La terza doglianza riguarda l'erroneità dei punteggi attribuiti alle due domande che si sono fronteggiate nella gara in questione: le questioni qui prospettate derivano dalla circostanza già rilevata, che vide la ricorrente come presentatrice di una proposta tecnica valutata peggiore rispetto a quella della Siemens, mentre il profilo economico ha attribuito a quest'ultima il punteggio necessario per prevalere nella selezione.

Al fine di sormontare il vantaggio così accumulato dalla concorrente IL deduce le censure in rassegna per allegare che il seggio di gara ha errato per diversi aspetti, ed avrebbe con ciò dovuto diminuire il punteggio dell'aggiudicataria od aumentare il proprio, così da sovvertire il risultato dell'istruttoria.

Il fondamento delle censure in esame riguarda la corretta applicazione degli allegati G e P del dpr 207 del 2010, che ha approvato il regolamento applicativo del codice appalti pubblici.

In analisi matematica sono in uso da tempo degli strumenti volti ad apprezzare diverse realtà fattuali, ciascuna delle quali presenta differenti profili, spesso non univocamente indirizzati. Un elemento da valutare da una determinata prospettiva può risultare sub valente rispetto ad un altro, mentre il risultato si può invertire nel caso si adotti un ulteriore criterio di apprezzamento.

Una delle questioni che l'analisi matematica si è proposta di risolvere è appunto la verifica congiunta dei diversi risultati che si ottengono dall'esame combinato di più elementi, ognuno dei quali viene apprezzato con sfaccettature diverse.

Le premesse poste chiariscono che la situazione delineata si riscontra anche nelle ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice deve scegliere tra diverse domande, avendo almeno due profili in base ai quali apprezzare le proposte negoziali ricevute.

La normativa ha dovuto per ciò rivisitare le acquisizioni della scienza matematica nel senso sopra succintamente illustrato, ed adottare la strumentazione più idonea a risolvere i problemi che si pongono in argomento.

Una prima censura dedotta a tale proposito riguarda la mancata riparametrazione dei risultati delle domande proposte che l'ARS avrebbe dovuto invece operare: il senso della doglianza è che la valutazione finale delle offerte ricevute deve procedere da grandezze omogenee, sì che non è stato corretto aver prodotto un risultato unico combinando i computi effettuati sull'offerta tecnica e su quella economica: la prima pesava per il settanta per cento del totale, mentre la seconda solo per il restante trenta, sì che un indice omogeneo della rispondenza delle complessive proposte negoziali avrebbe dovuto passare per la riparametrazione dei dati ottenuti alla percentuali

indicate. Quest'ultima operazione sarebbe invece mancata, dal che l'illegittimità denunciata.

Nel corso del giudizio la difesa di IL ha preso atto degli atti prodotti ed ha rettificato la prima impostazione dedotta, rimarcando che una prima riparametrazione da parte del seggio di gara effettivamente vi fu, e che al riguardo non hanno influito i constatati errori di riporto dei dati che sono derivati dai confronti a coppie.

La prima riconduzione all'unità di tutti i dati risulta pertanto essere stata compiuta, sì che l'originaria impostazione delle prime censure dedotte con il terzo motivo non merita favorevole considerazione.

In argomento possono essere effettuate altre considerazioni.

Il metodo topsis ammesso dal regolamento e fatto proprio dalla legge di gara non impone che, dopo una prima riconduzione all'unità di tutte le valutazioni compiute dal seggio di gara, anche i risultati così ottenuti siano nuovamente tarati in funzione dell'unità.

Va inoltre osservato che non appare decisiva la doglianza con cui IL denuncia la violazione delle norme applicabili commessa dall'ente aggiudicatore, nella parte in cui la gara risulta assegnata con punteggi assai bassi: va infatti notato che l'utilizzo della matrice adottata dal bando per dar corso alle valutazioni dei coefficienti già pesati comporta necessariamente la suddivisione in centesimi dei voti attribuiti dalla commissione, sì che l'individuazione della soluzione ideale e di quella più lontana da quella ideale comportano l'assegnazione di voti che restano a cavallo del cinquanta su cento, nell'ipotesi di due soli concorrenti.

In conclusione può affermarsi che l'atto di impugnazione e tutte le successive allegazioni dell'interessata non chiariscono la ragione per cui la commissione avrebbe dovuto operare un'ulteriore riparametrazione dei giudizi già soppesati, dopo quella iniziale sicuramente effettuata a su cui non sembra esservi più contenzioso.

Il motivo non può pertanto trovare accoglimento.

Con la quarta articolata censura vengono proposte doglianze relative all'apprezzamento operato in concreto dal seggio di gara.

Il collegio deve rilevare al riguardo che si tratta di apprezzamenti che involgono una conoscenza tecnica che fuoriesce da quella che, istituzionalmente, dovrebbe essere a disposizione dei suoi componenti. E' pertanto necessario acquisire un giudizio qualificato in argomento secondo le disposizioni che seguono in dispositivo, sì che la pronuncia della presente sentenza sarà in forma non definitiva.

Il quinto motivo denuncia l'insufficienza delle motivazioni che hanno sorretto l'attribuzione dei punteggi espressi dal seggio di gara: secondo la prospettazione della ricorrente la commissione di valutazione avrebbe dovuto ragguagliare in merito alle valutazioni formulate sulle offerte tecniche ed economiche ricevute, ed in tale omissione si sostanzierebbero le violazioni denunciate.

Il collegio rileva che la legge prevede in generale l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, ma non ha mai espressamente esteso tale prescrizione anche ai giudizi; ciò non significa che questi possano sempre fuoriuscire dall'ambito di applicazione della disposizione citata.

Esiste tuttavia un consistente ramo dell'attività amministrativa in cui l'obbligo della motivazione viene surrogato, ad esempio, dall'incremento delle formalità a cui la p.a. è tenuta: l'eventuale inosservanza delle prescrizioni in tal senso viene allora intesa come sintomo del vizio della corretta formazione del giudizio, senza che sia necessario procedere all'apprezzamento del singolo giudizio in base alla motivazione.

Ragioni di efficienza ed economia procedimentale consigliano talvolta in tal senso, e va rilevato che la legge si è

attenuta a tale regola di comportamento allorché ha disciplinato minutamente il metodo del confronto a coppie tra le diverse componenti delle proposte negoziali ricevute dalle parti private.

Ne deriva che il vizio in questione non è sussistente, perché la legge ha palesato di non voler imporre ai seggi di gara l'obbligo di motivazione, avendo sostituito tale adempimento con la verbalizzazione del confronto menzionato; in tal senso l'espressione del voto numerico è sufficiente a vicariare l'espressione della valutazione scritta che potrebbe definirsi alla stregua di una motivazione.

In conclusione il ricorso non può trovare accoglimento per i motivi analizzati, mentre la decisione sul quarto dovrà essere preceduta dall'attività dell'ausiliare indicato nel dispositivo.

Le spese saranno regolate al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

Pronunciando sentenza non definitiva, respinge i motivi del ricorso principale, ad eccezione del quarto, per la decisione del quale dispone verifica, demandando al Direttore della scuola di ematologia dell'università di Torino, via Genova 3 (cap 10126) l'individuazione di un idoneo Docente che risponderà alla seguente domanda: esamini il Verificatore il bando di concorso in questione, e rappresenti alle parti ed al collegio quale avrebbe dovuto essere la corretta metodologia per la valutazione:

del punto 8a (intervallo di linearità su campione intero del test del D-Dimero (rapporto numerico) Q3;

del punto 2c (utilizzo di un numero ridotto di reagenti e detergenti, specificare il numero dei prodotti richiesti (obiettivo numero limitato) (rapporto numerico) Q4;

del punto 5b, necessità di utilizzo di aliquota di plasma e coppetta secondaria durante il ciclo operativo (sì-no) Q5;

del punto 1c, analisi dei liquidi biologici senza necessità di trattamento preliminare del campione (sì-no) Q5;

del punto 3b gestione in automatico del C.Q. configurabile dall'operatore per numero di test, per intervalli temporali definiti e al cambio del flacone (sì-no) Q5;

del punto 4a periodo di garanzia della fornitura dello stesso lotto di reagenti, calibratori e controlli rapporto numerico Q3;

del punto 1a caratteristiche della tromboplastina umana da estrazione o di sintesi, con ISI vicino al valore dello standard internazionale con certificazione dei laboratori di riferimento, con la modalità critica di ricostituzione Q2 (confronto a coppie;

il Verificatore procederà avvisando le parti del luogo, del giorno e dell'ora in cui darà inizio alle operazioni ritenute necessarie, sì che ciascuna di esse potrà assistere a tutti gli incumbenti, facendosi se del caso rappresentare da un tecnico della materia;

fissa in giorni sessanta dal ricevimento degli atti di causa il termine per la risposta al quesito, e rinvia la causa al 3 aprile 2014 ore 9.30 per la decisione definitiva.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Paolo Peruggia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2013

IL SEGRETARIO

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