



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 1012 del 2013, proposto da:

A.Menarini Diagnostics Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Ivan Marrone, Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Alessandro Ghibellini in Genova, via R. Ceccardi 1/15;

contro

Agenzia Regionale Sanitaria Ars Liguria, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Cocchi, Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Roche Diagnostics Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Silvia Sommazzi, Jacopo Recla, Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso Maria Silvia Sommazzi in Genova, via XII Ottobre, 10/12;

per l'annullamento

del provvedimento d'esclusione (d.15 luglio 2013) dalla procedura, indetta dall'Azienda regionale sanitaria – centrale regionale di acquisto, per l'aggiudicazione del contratto di fornitura avente ad oggetto "sistemi diagnostici rapidi della glicemia e dispositivi correlati in ambito ospedaliero", nonché gli atti delle procedura compresi il bando di gara e l'aggiudicazione in favore della controinteressata Roche Diagnostics Spa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia Regionale Sanitaria Ars Liguria e di Roche Diagnostics Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2013 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato il provvedimento d'esclusione dalla procedura aperta, indetta dall'Azienda regionale sanitaria – centrale regionale di acquisto, per l'aggiudicazione del contratto di fornitura (lotti 1 e 2)

avente ad oggetto “sistemi diagnostici rapidi della glicemia e dispositivi correlati in ambito ospedaliero”.

Gravame esteso al bando di gara e all’aggiudicazione in favore della controinteressata Roche Diagnostics Spa.

A fondamento dell’impugnazione ha dedotto: violazione e falsa applicazione dell’art. 2 d.lgs 12 aprile 2006 n. 163 e, in particolare, violazione dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento; eccesso di potere sotto vari profili.

L’esclusione impugnata, conseguente al mancato superamento della soglia di sbarramento di 36/60 prevista dal disciplinare per il merito tecnico-qualitativo dell’offerta, sarebbe dovuta, secondo le censure, all’irragionevole ed irrazionale previsione contenuta nella *lex specialis* dei criteri di valutazione che, alterando la *par condicio*, favorirebbe i dispositivi medici per l’autodiagnosi rispetto ai dispositivi per il settore ospedaliero costituenti l’oggetto specifico del contratto posto in gara.

Da cui una serie di situazioni di fatto denunciate dalla ricorrente come palese conseguenza dell’irragionevole impostazione della procedura di gara.

La stazione appaltante e la società aggiudicataria controinteressata si sono costituiti in giudizio instando per l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso.

Disposta, ai sensi dell’art. 55 , comma 10, c.p.a., nella fase di cognizione della domanda incidentale di tutela cautelare, la sollecita trattazione nel merito, alla pubblica udienza del 28.11.2013 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Sono impugnati dalla società ricorrente, oltre il provvedimento d’esclusione, il bando di gara e l’aggiudicazione in favore della controinteressata Roche Diagnostics Spa del contratto di fornitura (lotti 1 e 2) avente ad oggetto “sistemi diagnostici rapidi della glicemia e dispositivi correlati in ambito ospedaliero”. Procedura di gara indetta dall’Azienda regionale sanitaria – centrale regionale di acquisto.

I motivi di censura ruotano attorno ad un unico asse argomentativo: i criteri di valutazione dell’offerte tecnica, come previsti nella *lex specialis*, favorirebbero, ingiustificatamente, i dispositivi medici per l’autodiagnosi rispetto ai dispositivi per il settore ospedaliero, nonostante che questi ultimi fossero l’oggetto specifico del contratto di fornitura.

Sicché, lamenta la ricorrente, il mancato superamento della soglia di sbarramento di 36/60 prevista dal disciplinare per il merito tecnico-qualitativo dell’offerta, sarebbe dovuta all’irragionevole ed irrazionale previsione contenuta nella *lex specialis*.

Irrazionalità testimoniata dal fatto che tutte le offerte, ad eccezione di quella presentata dalla controinteressata, unica rimasta in gara, avendo conseguito punteggi inferiori a detta soglia, sono state escluse.

In limine sulle eccezioni d’inammissibilità sollevate dalla stazione appaltante e dalla società controinteressata sul rilievo che, per un verso, difetterebbe l’interesse al gravame non avendo la ricorrente assolto al superamento della c.d. prova di resistenza; e che, per l’altro, l’impugnazione del bando, e con esso dei criteri d’aggiudicazione relativi alle offerte tecniche, avrebbe dovuto essere immediatamente proposta prima dell’esperimento della procedura di gara.

Entrambe le eccezioni sono infondate.

Nell’ordine.

Il gravame muove dalla radicale illegittimità dei criteri di attribuzione del punteggio per l’offerta tecnica, denunciandone le aporie applicative: la ricorrente e tutte le altre imprese offerenti, salvo la controinteressata, non hanno superato la soglia di sbarramento; la stessa ricorrente, nella precedente procedura, avente medesimo oggetto ed annullata in sede giurisdizionale perché inficiata da vizi di forma (omessa verbalizzazione in ordine alla

conservazione dei plichi contenenti le offerte e violazione del principio di continuità delle operazioni di gara), era risultata aggiudicataria.

Sicché l'interesse fatto valere in giudizio dalla ricorrente è l'annullamento della gara al fine d'indire una nuova procedura concorrenziale con la previsione – questa volta – di criteri qualitativi coerenti con l'oggetto del contratto, sì da (aspirare concretamente a) divenire aggiudicataria.

In altri termini non è affatto censurata la valutazione dell'offerta, e con essa il punteggio conseguito; né la ricorrente mira alla riedizione del giudizio reso della Commissione d'esame, per i quali è in astratto ipotizzabile, al fine dello scrutinio sulla consistenza dell'interesse al gravame, il superamento della prova di resistenza.

Ad analoga conclusione deve giungersi per l'altra eccezione d'inammissibilità o irricevibilità del ricorso.

I criteri di valutazione denunciati come illegittimi non sono affatto escludenti: solo dalla concreta applicazione, con assegnazione dei punteggi parametrati non a valori assoluti ma alla migliore offerta presentata, è scaturito il punteggio inferiore alla soglia di sbarramento. La Commissione esaminatrice ha infatti valutato l'offerta tecnica della ricorrente sulla scorta della norma ISO n. 15197 – riferentesi ai dispositivi per autodiagnosi, non a quelli ad uso ospedaliero che secondo la ricorrente sarebbero stati pertinenti – attribuendo i punteggi via via decrescenti sulla scorta di quello conseguito dalla migliore offerta in gara.

È, inoltre, inammissibile l'eccezione d'inammissibilità del ricorso sollevata dalla società controinteressata sul rilievo che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa per non aver assolto all'onere, previsto a pena d'esclusione, di produzione del fascicolo tecnico.

L'eccezione individua una specifica causa d'esclusione della ricorrente, non contestata dalla stazione appaltante, tale da integrare un autonomo vizio della procedura di gara che avrebbe dovuto essere introdotta nel giudizio con ricorso incidentale.

Nel merito il ricorso è fondato.

Costituisce principio indefettibile dell'evidenza pubblica che la scelta dei criteri d'aggiudicazione e di valutazione delle offerte devono essere adeguati alle caratteristiche dell'oggetto del contratto (art. 42, comma 3, e 81 cod. contr. pubbl.). E che i principi di parità di trattamento e libera concorrenza circoscrivano la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta di essi. Criteri che, in aggiunta, devono obbedire ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità (cfr., fra le tante, Cons. St., sez.V, 5 ottobre 2005 n. 5318; Tar Campania, Napoli, sez. I, 11 agosto 2005 n. 10716).

Nella cornice definita dai principi appena richiamati, è affatto illegittimo che nella gara per l'acquisto di dispositivi per uso ospedaliero vengano assegnati 30 punti tecnici su 60 sulla base di requisiti riguardanti una norma ISO relativa a dispositivi per autodiagnosi.

Irrazionalità palesata dal fatto che la ricorrente quanto ai valori "precisione ed accuratezza dell'offerta tecnica" ha conseguito punteggi anormalmente bassi (rispettivamente, per il lotto n. 1, 2,823 su punti max 10 e 0 su punti max 20).

Nonostante che nella pregressa procedura, avente medesimo oggetto, avesse conseguito il miglior punteggio tecnico tanto da divenire aggiudicataria proprio sulla scorta della qualità tecnica dell'offerta, testata dalla Commissione esaminatrice con le prove effettuate in laboratorio.

Il fatto che la sola controinteressata sia rimasta in gara avvalorata, sul piano empirico, la censura in esame.

Di fatto il bando ha operato un'indebita commistione fra sistemi per la misurazione della glicemia in autodiagnosi e sistemi specifici per il settore ospedaliero che, in relazione al diverso uso, presentano secondo la letteratura scientifica caratteristiche tecniche non sovrapponibili.

Non è revocabile in dubbio che i criteri di valutazione dei valori tecnici devono essere aderenti a ciascun sistema:

ossia, è affatto irragionevole valutare i requisiti di accuratezza e precisione del sistema ospedaliero richiamando (punto 7 disciplinare, allegato F4) – come avvenuto nel caso in esame – la normativa ISO 15197 riguardante (l'altro sistema e cioè) l' autodiagnosi.

Per comprovare la rispondenza dei prodotti offerti ai parametri della Norma ISO, il disciplinare fa riferimento alla dichiarazione dell'Organismo autorizzato, contenente gli esiti dei controlli di qualità e delle prove di *performance* analitiche previste dalla norma ISO 15197.

Che hanno ad oggetto – giova ribadire – i sistemi di autodiagnosi.

Viceversa, per i sistemi ospedalieri è previsto che il certificato di conformità è rilasciato dal fabbricante senza l'intervento di Organismo notificato. Con la conseguenza che la ricorrente, offrendo in simmetria all'oggetto del contratto un dispositivo per sistemi ospedalieri, non è stata messa in grado di presentare la documentazione in base alla quale la Commissione ha valutato le offerte tecniche, sì da conseguire un punteggio insufficiente a superare la soglia di sbarramento

Conclusivamente il ricorso deve essere accolto.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite individuabili nella controvertibilità tecnica delle questioni dedotte in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Richard Goso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2013

IL SEGRETARIO

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