

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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1463 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Societa' Roche Diagnostics s.p.a. - Società Unipersonale, in persona del
procuratore p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Bazzani, Jacopo
Recla, Francesca M. Colombo e Riccardo Montanaro, con domicilio eletto presso
lo studio di quest'ultimo, in Torino, via del Carmine, 2;

contro

Azienda Ospedaliera O.I.R.M. - S. Anna di Torino, in persona del direttore
generale p.t., rappresentata e difesa dal prof. avv. Vittorio Barosio e dall'avv. Fabio
Dell'Anna, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Torino, corso G.
Ferraris, 120;
Regione Piemonte, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Novartis Vaccines and Diagnostics s.r.l., in persona del procuratore ad litem p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Todarello, Giuseppe Fuda, Massimo
Colicchia e Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in
Torino, corso Re Umberto, 27;

per l'annullamento

- dei provvedimenti (non noti) mediante i quali l'Azienda Ospedaliera OIRM - S. Anna ha indetto ed aggiudicato a Novartis Vaccines and Diagnostics s.p.a. la procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. b) per la fornitura di "sistema completo di diagnostica di screening NAT delle unità di sangue", come indicato nell'avviso volontario per la trasparenza pubblicato sulla GUCE del 1 dicembre 2010 e del medesimo avviso;

nonché, per quanto occorrer possa,

- della comunicazione inviata dall'Azienda Ospedaliera OIRM - S. Anna a Roche Diagnostics in data 25 novembre 2010, prot. 63290;

- della "Raccomandazione n. 1/2009 della Commissione regionale del sangue" della Regione Piemonte, n. Prot. 38748 in data 27 ottobre 2009,

nonché

di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso;

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata;

nonché

per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati;

nonché, con i motivi aggiunti depositati in data 23.02.2011, per l'annullamento,

- della deliberazione del Direttore Generale dell'OIRM S. Anna n. 1930 in data 25 novembre 2010;

- della deliberazione del Direttore Generale dell'OIRM S. Anna n. 1117 in data 25 giugno 2010 ivi compreso in particolare l'Allegato 1 "Relazione Tecnica";

- del capitolato speciale d'appalto;

- delle richieste dell'Azienda Ospedaliera in data 29 giugno 2010 e 4 novembre 2010, della comunicazione di aggiudicazione.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera O.I.R.M. - S. Anna di Torino e della società Novartis Vaccines and Diagnostics s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2011 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato in data 11 dicembre 2010 e per i motivi in esso dedotti, la società Roche Diagnostics s.p.a. – Società Unipersonale è insorta innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale avverso i provvedimenti (all'epoca non noti alla società medesima) mediante i quali l'Azienda Ospedaliera O.I.R.M. – S. Anna di Torino ha indetto e aggiudicato alla società Novartis Vaccines and Diagnostics s.r.l. la procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 163 del 2006 per la fornitura del “sistema completo di diagnostica di screening NAT delle unità di sangue, nonché degli ulteriori atti, specificamente indicati, ad essi connessi, invocandone l'annullamento, previa sospensione cautelare anche in via interinale e provvisoria inaudita altera parte.

Ha chiesto, inoltre, la dichiarazione di inefficacia del contratto nel frattempo eventualmente stipulato, nonché la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento, anche in forma specifica, dei danni subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso l'Azienda Sanitaria Ospedaliera O.I.R.M. – S. Anna e la controinteressata Novartis Vaccines and Diagnostics s.p.a.,

deducendone, con separate memorie, l'infondatezza e chiedendone, conseguentemente, il rigetto.

All'esito dell'udienza camerale del 19 gennaio 2011 il Collegio, in diversa composizione, ha respinto, con ordinanza n. 36/2011, l'istanza cautelare contenuta nel ricorso.

Tale provvedimento è stato, tuttavia, riformato dal Consiglio di Stato, il quale, con ordinanza n. 1385/2011 in data 25 marzo 2011 ha accolto l'appello avverso lo stesso proposto dalla società Roche Diagnostics, limitandosi, però, solo a trasmettere a questo Tribunale la propria pronuncia ai fini della fissazione dell'udienza di merito ai sensi del comma 3 dell'art. 119 c.p.a..

Nel frattempo, la società ricorrente, avuta la possibilità di esaminare la documentazione di gara, con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 23 febbraio 2011, ha chiesto specificamente l'annullamento dei relativi (e conosciuti) atti e provvedimenti, deducendo ulteriori censure in aggiunta a quelle formulate col ricorso introduttivo.

In prossimità dell'udienza pubblica del 22 giugno 2011, fissata per la trattazione del merito, le parti hanno ulteriormente illustrato con memorie le proprie (e rispettive) tesi difensive, alle quali hanno fatto seguire le relative repliche.

La causa è stata chiamata all'udienza su indicata e, quindi, trattenuta per la decisione.

E' controversa la legittimità della procedura di scelta del contraente seguita dall'Azienda Ospedaliera O.I.R.M. – S. Anna di Torino per l'affidamento della fornitura di un sistema completo per diagnostica di screening NAT delle unità di

sangue occorrente all'Azienda medesima e all'A.O. San Giovanni Battista di Torino.

La stazione appaltante, con deliberazione del Direttore generale n. 1117 in data 25 giugno 2010, assumendo la sussistenza di ragioni di natura tecnica legittimanti l'affidamento dell'appalto unicamente ad un operatore economico determinato ai sensi dell'art. 57, comm1 e 2, lett. b), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha avviato, infatti, una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, con la sola Novartis Vaccines and Diagnostics s.r.l. e, all'esito della stessa, affidato a tale società, con deliberazione n. 1930 del 25 novembre 2010, la fornitura in questione per un importo complessivo di € 4.995.000,00, I.V.A. esclusa, per il periodo di 36 mesi, eventualmente rinnovabile per ulteriori 36.

Al riguardo il Collegio, discostandosi dalla prognosi formulata in sede cautelare ed aderendo, invece, alle indicazioni evincibili dall'ordinanza n. 1385/2011 del Consiglio di Stato, osserva quanto segue.

La procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, è ammessa nei soli e limitati casi individuati dal legislatore all'art. 57 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Trattasi, infatti, di procedura che, derogando all'ordinario obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale, riveste carattere di eccezionalità e richiede un particolare rigore nella individuazione ed apprezzamento dei presupposti che possono legittimarne il ricorso (ex multis Corte giustizia CE, 13 gennaio 2005, n. 84), di cui, peraltro, deve essere data adeguata motivazione nella deliberazione o determinazione a contrarre (art. 57, comma 1), in modo da “scongiurare ogni possibilità che l'amministrazione utilizzi situazioni genericamente affermate, come un <commodus discessus>

dall'obbligo di esperire una pubblica procedura di selezione che è la sola con carattere di oggettività e trasparenza. In tali ambiti, l'obbligo motivazionale non deve atteggiarsi a mera estrinsecazione di un apparato preconfezionato al solo scopo di giustificare le scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti; e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto” (cfr. T.A.R. Lazio Roma, I, 18 febbraio 2009, n. 1656).

Spetta, dunque, alla stazione appaltante dimostrare giuridicamente la ragione per cui solamente un certo prodotto sarebbe dotato delle specificità tecniche necessarie e indicare sotto quale profilo un cambiamento di fornitore la costringerebbe ad acquisire un materiale non adeguato tecnicamente o tale da comportare un'incompatibilità tecnica ovvero difficoltà di uso o di manutenzione sproporzionate (cfr. Corte giustizia CE, Grande Sezione, 08 aprile 2008, n. 337).

Peraltro, come è pure già stato precisato in giurisprudenza, nel caso di motivi di natura tecnica, “l'amministrazione è autorizzata alla procedura negoziata solo qualora sussistono precise esigenze che impediscono o rendono assolutamente vano il ricorso agli ordinari incanti” e, dunque, “... solo in presenza di prestazioni infungibili, ovvero in altri casi nei quali non può assolutamente prescindere dalla considerazione della qualità del soggetto” (TAR Lazio, III –quater, 11 novembre 2009, n.11069).

Nella fattispecie in esame, in cui la scelta della procedura negoziata di cui all'art.57 d.lgs. n.163 è stata effettuata per "ragioni di natura tecnica" era, pertanto, onere della stazione appaltante dimostrare la "unicità" del fornitore e la conseguente necessità di attivare la procedura negoziata.

Consta, tuttavia, che l'Azienda Ospedaliera O.I.R.M. – S. Anna, pur avendo evidenziato nella relazione tecnica allegata alla deliberazione direttoriale “di autorizzazione a contrarre” (D.D.G. n. 1117 in data 25 giugno 2010) le particolari caratteristiche possedute dal test di screening NAT a scopo trasfusionale prodotto da Novartis (ritenute migliori rispetto a quelle di Roche), abbia dato contezza dei motivi di carattere tecnico per cui ha ritenuto di poter trattare e affidare l'appalto unicamente alla società Novartis solo successivamente all'affidamento (ovvero appena nell'avviso volontario per la trasparenza, pubblicato nella G.U.C.E. n. S 233/2010 dell'1/12/2010).

Una più rigorosa lettura della documentazione versata in atti, tale necessitata dallo scrutinio delle ulteriori censure proposte con i motivi aggiunti di ricorso, porta, pertanto, a condividere quanto dedotto dalla società ricorrente con il settimo e con l'ottavo motivo di gravame (“Violazione dell'art. 57, comma 2, lett. b), D.Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti, irragionevolezza ed illogicità, difetto di istruttoria e di motivazione”), atteso che – in effetti – la relazione tecnica allegata a supporto motivazionale della delibera direttoriale di avvio della procedura negoziata smentisce di per sé la sussistenza dei presupposti di unicità invocati e posti a sostegno della particolare modalità di scelta del contraente seguita.

E' agevole evincere, infatti, che la stazione appaltante, pur riconoscendo l'esistenza sul mercato di due case produttrici di test di screening Nat a scopo trasfusionale (Novartis e Roche) in grado di garantire lo svolgimento degli esami diagnostici in questione, abbia pur tuttavia deciso di sottrarre al confronto concorrenziale i prodotti medesimi in forza della ritenuta infungibilità del prodotto di Novartis, rispetto al cui apprezzamento non è stata, però, in grado di provare lo svolgimento di una previa e adeguata istruttoria.

Delle valutazioni di assoluta infungibilità di tale prodotto - che la difesa dell'Azienda assicura essere state espletate – non v'è, infatti, traccia.

Consta, anzi, che tale apprezzamento trovi conforto nelle sole indagini istruttorie interne (non documentate), che, in ogni caso, non avendo visto il coinvolgimento di entrambi i produttori potenzialmente interessati alla fornitura, non possono essere ritenute in grado di soddisfare i requisiti di oggettività e trasparenza propri di un'effettiva indagine preliminare di mercato.

La circostanza che Novartis fosse in grado di offrire un sistema con caratteristiche tecniche ritenute preferibili dall'Azienda non può, comunque, giustificare la deroga alla procedura concorsuale, dal momento che, come evidenziato dal Consiglio di Stato, Sez. III, nell'ordinanza cautelare n. 1385/2011, proprio in sede di confronto concorrenziale potevano essere meglio apprezzate le qualità tecniche dei prodotti offerti, con la possibilità di scegliere quello maggiormente rispondente alle esigenze della Amministrazione (in termini C.d.S., III , 19 aprile 2011, n. 2404).

Le considerazioni innanzi svolte portano, quindi, il Collegio a ritenere che la negoziazione avviata dall'A.O. O.I.R.M. – S. Anna solo con una delle due case potenzialmente in grado di fornire lo strumento in questione sia avvenuta al di fuori dei presupposti legittimanti e, come tale, non possa che essere censurata, anche in considerazione della posizione monopolistica cui, in tal modo, è stata elevata la società Novartis.

La ritenuta illegittimità della procedura negoziata per i motivi anzidetti rende superfluo l'esame di quelli ulteriori proposti dalla società ricorrente, atteso che, in ogni caso, tutti gli atti della procedura medesima, dalla deliberazione di avvio a quella di aggiudicazione definitiva, vanno annullati.

Ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. b), del c.p.a., va conseguentemente dichiarata l'inefficacia, con effetto ex tunc, del contratto nel frattempo stipulato tra l'A.O. O.I.R.M. S. Anna e la società Novartis Vaccines & Diagnostics, non ravvisandosi, nella specie, la sussistenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale tali da imporne il mantenimento in essere, non potendo, ovviamente, ravvisarsi la loro sussistenza nella necessità dell'A.O. di disporre di strumentazione di elevatissimi requisiti tecnici, atteso che la soddisfazione della stessa non è in alcun modo preclusa da un previo confronto concorrenziale.

Consta, peraltro, che lo stato di esecuzione del contratto in questione sia, ad oggi, di modestissima entità e che, quindi, non si configuri nemmeno il caso in cui i residui obblighi contrattuali possano essere rispettati solo dall'esecutore attuale.

In tal senso depone, infatti, la circostanza che il contratto, di durata triennale, sia stato stipulato solo il 26 gennaio 2011 e che gli strumenti siano stati installati appena in data 18 febbraio 2011 ovvero dopo l'accoglimento da parte del Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato (decreto n. 672/2011 in data 14 febbraio 2011) dell'istanza di misure cautelari urgenti formulata da Roche Diagnostics unitamente all'atto di appello dell'ordinanza di primo grado.

Va, invece, disattesa la richiesta di risarcimento danni avanzata dalla ricorrente, considerate, da un lato, l'insussistenza dei presupposti per poter dar corso all'invocato subentro nel contratto dichiarato inefficace (si rammenta, infatti, che la ricorrente non si trova collocata in posizione utile in nessuna graduatoria e che l'esito di un futuro confronto concorrenziale è, allo stato, incerto) e, dall'altra, la mancata allegazione e prova da parte della medesima dei danni - la cui natura peraltro non specifica - di cui chiede ristoro.

Devesi, anzi, ritenere che la caducazione degli atti della procedura di gara sia in grado di garantire, nel caso di specie, piena soddisfazione di tutti gli interessi azionati dalla società ricorrente.

Sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare tra le parti le spese e le competenze del giudizio, atteso il diverso esito che la fase cautelare ha avuto innanzi a questo giudice.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso depositato in data 11 dicembre 2010 e sul ricorso per motivi aggiunti depositato in data 23 febbraio 2011, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti e i provvedimenti impugnati.

Dichiara l'inefficacia, con effetto ex tunc, del contratto stipulato in data 26 gennaio 2011 tra l'A.O. O.I.R.M. S. Anna e la società Novartis Vaccines & Diagnostics.

Respinge l'istanza risarcitoria avanzata.

Compensa tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario

Manuela Sinigoi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/07/2011

IL SEGRETARIO

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