

N. 00298/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00032/2012 REG.RIC.



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 32 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Vivisol S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Franco Ferrari e Aldo Cappuccio, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, via di Cavana 14;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentati e difesi dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Donata 3; Regione Friuli-Venezia Giulia;

nei confronti di

Vitalaire Italia S.p.A. e Linde Medicale S.r.l., rappresentate e difese dagli avv. Ottavio Grandinetti, Alessia Fiore, Roberto Santucci, con domicilio eletto presso l'avv. Cristina Da Ros Avv. in Trieste, via Filzi 8;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della Determinazione Dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria "S. Maria della Misericordia" di Udine, n. 1710/2011 del 20/12/2011 recante in oggetto "ID10SER501.1, per l'affidamento dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare, approvazione dei verbali di gara, individuazione del miglior offerente della procedura aperta. ai sensi del decreto legislativo , n.163/2006", nei limiti di cui nel prosieguo;

- di tutti i verbali di gara ivi allegati, in particolare del verbale n. 1 del 02/11/2001, e del verbale di aggiudicazione definitiva del lotto n. 2 alla costituenda ATI Vitalaire Italia - Linde Medicale, e di eventuali altri verbali anche non conosciuti, nei termini di cui nel prosieguo;

- della graduatoria definitiva di gara, nonché del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

- degli atti e dei verbali del procedimento di individuazione e verifica delle offerte anormalmente basse, allo stato non conosciute;

nonché per l'annullamento e/o o dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato per l'aggiudicazione del lotto di gara n. 2; ed il subentro nello stesso;

- in subordine, per l'applicazione delle sanzioni di cui all'art.123 c.p.a, ivi compresa la riduzione della durata dei contratti nel termine massimo del 50% della durata residua;

nonché per la dichiarazione del diritto della ricorrente al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi, in forma specifica o per equivalente.

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 17.2.2012: degli stessi atti impugnati con il ricorso introduttivo;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi e di Vitalaire Italia S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Vitalaire Italia Spa e Linde Medicale Srl, ut supra rappresentate e difese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2012 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente Vivisol s.r.l. impugna la determinazione del DSC dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria "S.Maria della Misericordia" di Udine, con cui è stato definitivamente aggiudicato alla controinteressata costituenda ATI tra Vitalaire Italia s.p.a. e Linde Medicale s.r.l., il lotto n. 2 della gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di ossigenoterapia e ventilo-terapia domiciliare, bandita dal D.S.C. stesso, per conto di svariate Aziende Sanitarie della Regione; chiede altresì la dichiarazione di inefficacia del contratto e il subentro nello stesso; l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 123 c.p.a. e, infine, il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

1.1. - In fatto, espone di aver partecipato alla gara di cui si controverte, articolata in due lotti (concernenti i medesimi servizi, ma in favore di Aziende Sanitarie diverse), presentando offerta per entrambi. All'esito della gara risultava aggiudicataria del primo lotto, mentre il secondo veniva assegnato alla controinteressata (che, essendo stata esclusa dal lotto n. 1, ha proposto ricorso al fine di esservi riammessa e conseguire l'aggiudicazione anche di tale lotto).

1.2. - Col presente ricorso, l'istante impugna l'aggiudicazione del lotto n.2. alla controinteressata costituenda ATI, esponendo i seguenti motivi di ricorso:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; dell'art. 38 del D.Lg. 163/06 e dell'art. 3 della L. 241/90. Violazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento. Illogicità, irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; disparità di trattamento;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; degli artt. 86 e 87 del D.Lg. 163/06. Violazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento. Illogicità, irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; disparità di trattamento.

2. - L'Amministrazione, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso concludendo per la sua reiezione.

3. - Anche Vitalaire Italia s.p.a. e Linde Medicale s.r.l. sono presenti in giudizio con ampia memoria, con la quale contestano le difese esperite dalla ricorrente e chiedono, conclusivamente, che il ricorso sia respinto.

3.1. - Propongono altresì ricorso incidentale, al fine di dimostrare che la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara, in quanto ha omesso di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 2, del D.Lg. 163/06 relativamente a due procuratori con funzioni institorie cessati dalla carica, con ciò violando sia detto articolo, sia l'art. 3, punto 1, lettere m) ed n) delle Norme di Partecipazione

4. - Con motivi aggiunti depositati il 14.2.12, dopo aver preso visione di tutti i documenti di gara, la ricorrente, premesso che tali atti confermano le già esposte censure, solleva un ulteriore, articolato, motivo di ricorso per ribadire la, a suo dire, "palese antieconomicità" dell'offerta dell'aggiudicataria.

Questi i motivi: violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; degli artt. 86 e 87 del D.Lg. 163/06. Violazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento. Illogicità, irragionevolezza, difetto di

istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; disparità di trattamento.

5. - Tutte le parti hanno presentato ampie memorie di precisazione, con cui ampliano le proprie argomentazioni e ribadiscono le già rassegnate conclusioni.

6. - Poichè il ricorso incidentale presentato da Vitalaire Italia s.p.a. e Linde Medicale s.r.l. mira ad escludere la ricorrente dalla gara, il che inciderebbe sul suo interesse all'impugnazione, è da tale ricorso incidentale che giova prendere le mosse.

6.1. - Secondo le controinteressate, la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara per non aver presentato le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 2, del D.Lg. 163/06 relativamente a due procuratori con funzioni institorie cessati dalla carica; dichiarazione espressamente richiesta a pena di esclusione dall'art. 38 del D.Lg. 163/06 e dall'art. 3 punto 1) lett. m.) ed n) delle Norme di Partecipazione. Dispone infatti, per quanto qui rileva, l'art. 3, punto 1), lett. m.) ed n) che il concorrente deve allegare, a pena di esclusione, la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 2, resa in conformità al D.P.R. 445/00, del "direttore tecnico, socio di s.n.c., soci accomandatari di s.as, degli amministratoti muniti di potere di rappresentanza .o figura dell'institore". Secondo la ricorrente incidentale, poiché l'ing. Castelli ed il dottor Fumagalli Romario (entrambi cessati dalla carica nel precedente triennio) erano dotati di ampi poteri di rappresentanza, tali da poter essere qualificati institori, ma non hanno reso alcuna dichiarazione, si doveva procedere all'esclusione della ricorrente dall'aggiudicazione del lotto.

Il motivo è infondato.

6.1.1. - Innanzi tutto va sottolineato che il Bando di cui trattasi risale al 5.7.11. Il D.L. 13.5.11 n. 70 (in vigore dal 14.5.11), convertito in L. 12.7.11. n. 106, ha introdotto significative modifiche agli artt. 38 e 46 del D.Lg. 163/06. In particolare, per quanto qui rileva, da un lato l'art. 38 ha limitato

l'obbligo di dichiarazione - per i soggetti cessati dalla carica - all'anno (e non più al triennio) precedente alla pubblicazione del bando; dall'altro, all'art. 46 è stato aggiunto il comma 1-bis, che stabilisce che "i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni [rispetto a quelle previste dal Codice] a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle". Ne consegue che, quando il Bando di cui ci si occupa è stato emesso, entrambe le disposizioni erano in vigore e dovevano essere applicate.

Ciò comporta, innanzi tutto, che il dottor Fumagalli Romario non doveva rendere alcuna dichiarazione, in quanto cessato dalla carica il 10.6.10, quindi oltre un anno prima della pubblicazione del Bando (5.7.11).

Per quanto concerne invece l'ing. Castelli, si deve applicare la nuova regola sulla tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis.

Dispone infatti l'art. 38 che "l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio", nulla disponendo in tema di institori (qualifica che, secondo la controinteressata, rivestiva il dottor Castelli) . Conseguentemente, poiché l'ing. Castelli non rientra in alcuna delle tipologie tassativamente indicate dalla legge, lo stesso non doveva rendere alcuna dichiarazione (a tacer del fatto che la giurisprudenza si era, anche in precedenza, pronunciata in senso negativo, proprio in un'ipotesi analoga a quella qui esaminata, e cioè di un soggetto nominato procuratore solo in qualità di datore di lavoro, per le funzioni riconducibili all'art. 2 del D.Lg. 51/08, in materia di tutela della sicurezza

nei luoghi di lavoro. Si veda: TAR Lombardia - Milano n. 4802/09).

La circostanza che il Bando richiamasse anche gli institori è irrilevante, dato che ogni causa di esclusione non prevista dal Codice, ancorchè contenuta nel Bando, deve intendersi (essendo, quello in contestazione, successivo all'entrata in vigore delle nuove regole) affetta da nullità, quindi inapplicabile.

Non rileva neppure il richiamo alla sentenza di questo Tribunale n. 168/12 (riferita ad un Bando della stessa Stazione Appaltante, formulato in modo del tutto analogo) che aveva deciso in senso opposto, in quanto trattavasi di Bando emesso prima della modifica dell'art. 46, e, come tale, vincolante in ogni sua prescrizione; la cui violazione, quindi, ben poteva essere sanzionata con l'esclusione, ancorchè la causa di esclusione non fosse normativamente prevista.

In sostanza, il ricorso incidentale va respinto, perché infondato.

6.2. - Si può quindi passare all'esame del ricorso principale.

6.2.1. - Il primo motivo lamenta che - nell'attestare l'inesistenza, in capo ai prescritti soggetti, delle cause di esclusione di cui all'art. 38 - la controinteressata abbia reso le relative dichiarazioni, aggiungendo l'espressione "per quanto a conoscenza", il che, secondo una parte della giurisprudenza, renderebbe dette dichiarazioni "prive di valore e tamquam non esset".

Il Collegio non condivide questa conclusione: innanzi tutto si osserva che la dichiarazione resa è esattamente conforme al modello predisposto dalla Stazione Appaltante, per cui appare puntuale, esaustiva e correttamente formulata. Inoltre, la frase aggiunta, non invalida la dichiarazione ma la precisa: infatti il dichiarante si limita a ribadire che quanto ha affermato vale "per quanto a mia conoscenza fino alla data di cessazione dalla carica" e ciò pare coerente con i principi delle dichiarazioni sostitutive, con cui si palesano i fatti e le circostanze di cui si è a conoscenza diretta.

L'integrazione (che costituisce un mero surplus, rispetto a quanto si doveva dichiarare) è volta non a mettere in dubbio le affermazioni fatte, ma piuttosto a limitarle temporalmente (si veda, sul problema, C.S. n. 3686/11, alle cui conclusioni il Collegio aderisce).

6.2.2. - Il secondo motivo di ricorso, ribadito e ampliato con il motivo aggiunto, riguarda la sostenibilità dell'offerta.

La ricorrente esamina in dettaglio il prezzo che essa stessa ha offerto per metro cubo di ossigeno (€ 1,68) e lo confronta con quello della controparte (€ 1,27) per concludere che lo stesso è eccessivamente basso e non remunerativo, quindi insostenibile. Lo stesso fa per quanto concerne i dispositivi per ventiloterapia domiciliare.

Coi motivi aggiunti contesta le giustificazioni rese dall'aggiudicataria (ritenute "generiche e apodittiche") e la valutazione positiva delle stesse operata dal DSC.

Anche questi motivi non appaiono fondati.

Va infatti condivisa la difesa della S.A., che pone in risalto come la censura di anomalia dell'offerta sia svolta solo raffrontando il costo di produzione dell'ossigeno che la ricorrente afferma di sostenere, con i costi di produzione che essa presume (senza ovviamente poterlo provare) essere riferibili anche alla controparte, che ben potrebbero essere inferiori e consentire un prezzo finale maggiormente concorrenziale. Inoltre, come sottolinea il DSC, nel formulare il motivo Vivisol prende in esame solo alcune delle voci che compongono l'offerta economica di Vitalaire, e solo quelle il cui prezzo risulta inferiore al proprio.

Anche le giustificazioni presentate dalla Ditta appaiono adeguate (come ritenuto dal DSC), ancorchè succinte e non particolarmente dettagliate, posto che la stessa ha, tra l'altro, osservato come "l'impostazione e le richieste della gara permettono di effettuare gli investimenti necessari all'effettuazione della stessa. Inoltre i rilevanti quantitativi messi a

disposizione della gara permettono le necessarie economie di scala al fine di ottenere condizioni favorevoli dai nostri fornitori”; ribadendo che la circostanza di essere già fornitore del servizio per la Stazione Appaltante “ha permesso di ben calibrare i costi relativi al servizio e quindi di poterne ricalcare l’esperienza anche su altri lotti di partecipazione”. Concludendo, la controinteressata ha sottolineato che l’offerta è stata formulata tenendo conto dei costi da sostenere e dei margini di utile che il Gruppo cui appartiene si propone di conseguire, fornendo un’indicazione percentuale dell’incidenza delle singole voci sul prezzo complessivo.

In tema di giustificazioni dell’economicità dell’offerta la giurisprudenza è chiara nel ritenere (si vada, da ultimo e per tutti: C.S. n. 710/12) che “le valutazioni della stazione appaltante circa la verifica della anomalia dell’offerta sono espressione di discrezionalità amministrativa non sindacabile in sede giurisdizionale se non in presenza di una manifesta illogicità (C..S.. n. 278/09)”; che “quando si tratti di giudizio favorevole esso non richiede di regola una motivazione puntuale ed analitica, anche perché le giustificazioni presentate possono costituire motivazione "per relationem" del provvedimento (cfr. C. S. n. 3481/08)”; che “in ogni caso il giudizio di verifica della congruità di un’offerta che si assume anomala ha natura globale e sintetica, sì che l’attendibilità della offerta va valutata nella sua globalità (cfr. C.S. n. 3762/09)”, che “conseguentemente l’esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo quando il giudizio negativo sul piano della attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l’intera operazione economica non plausibile (cfr. C.S. n. 7631/10)”. Da quanto esposto deriva che il giudice chiamato a valutare la legittimità della verifica della anomalia deve solo stabilire se la Stazione Appaltante sia incorsa in qualche errore o illogicità manifesta e se l’offerta risulti nel suo complesso affidabile, e non può anche spingersi a sostituire il proprio apprezzamento a quello

dell'Amministrazione. Un giudizio di anomalia può essere pertanto espresso dal giudice solo sulla base di una relazione dalla quale emergano indicazioni idonee ad attestare la manifesta illogicità o l'insufficienza di motivazioni o l'esistenza di errori di fatto che abbiano inficiato la valutazione di congruità dell'offerta fatta dalla Amministrazione.

Nel caso di specie, pur rilevato che le giustificazioni non sono particolarmente approfondite (il che comunque può trovare una sua adeguata spiegazione nella circostanza che già in precedenza la controinteressata aveva fornito il medesimo servizio all'Amministrazione, che, quindi, disponeva di elementi di valutazione sulla sua affidabilità), non si ravvisano nell'operato del DSC errori o illogicità tali da giustificare il travolgimento delle favorevoli valutazioni espresse.

In definitiva, anche il ricorso principale va respinto.

7. - Sussistono tuttavia giuste ragioni per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e ricorso incidentale in epigrafe, li respinge entrambi, nei termini di cui in motivazione

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

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/08/2012

IL SEGRETARIO

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