

N. 02004/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00450/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 450 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Diasorin Spa in persona del legale rappresentate p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Merani, Antonella Borsero e Liliana D'Amico, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Liliana D'Amico in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Salvo Zappalà, con domicilio eletto presso lo studio del predetto difensore in Catania, via Umberto, 184;

nei confronti di

Beckman Coulter Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Corrado Curzi e Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Mauceri in Catania, via Conte Ruggero,9;

Alifax Spa, Bio Rad Laboratories Srl, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico - Vittorio Emanuele n prot. 002475 del 17 gennaio 2012;
- di tutti i verbali della procedura
- del capitolato speciale di fornitura
- della determina dirigenziale n 93 del 18 gennaio 2012
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

quanto ai motivi aggiunti del 08.03.2012:

- del provvedimento dell'Azienda ospedaliera Universitaria predetta, settore provveditorato ed economato, n. prot. 002475 del 17.01.2012.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico Vittorio Emanuele e di Beckman Coulter Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2012 il dott. Giovanni Milana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con con bando di gara in data 17 luglio 2011 l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico – Vittorio Emanuele di Catania avviava procedura aperta per l'aggiudicazione della “fornitura a somministrazione continuate per tre anni di diagnostici, reagenti, calibratori, controlli, materiali d'uso e relative attrezzature in regime di service occorrenti per lo screening dei donatori eseguiti presso il Servizio di immunoematologia e medicina trasfusionale del Policlinico Vittorio Emanuele” per un importo di €

2.250.000,00 triennale, IVA esclusa.

La gara veniva suddivisa in due lotti: il lotto n. 1 relativo al materiale necessario allo screening delle malattie infettive per la validazione delle unità di sangue per l'importo triennale di € 2.175.000,00, IVA esclusa, e il lotto n. 2 relativo al materiale necessario al sistema per la produzione di gel piastrinico per un importo triennale di € 75.000,00, IVA esclusa; il capitolato speciale di fornitura prevedeva che il lotto n. 1, decisamente più complesso ed importante dal punto di vista economico, fosse da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre il lotto n. 2 al massimo ribasso; la vicenda oggetto del presente gravame riguarda esclusivamente il lotto n. 1.

Per l'aggiudicazione di tale lotto, come riferito nel verbale della prima seduta della Commissione in data 30 novembre 2011, erano pervenute tre offerte dai seguenti concorrenti: DiaSorin S.p.a., Johnson & Johnson S.p.a. e raggruppamento temporaneo di imprese costituito da Beckman Coulter S.r.l. (capogruppo mandataria), Bio-Rad Laboratories S.r.l. e Alifax S.p.a. .

La Commissione proseguiva i lavori nella seduta del 29 dicembre 2011 e, esaminate le schede tecniche degli strumenti e prodotti offerti, rilevava la non conformità dell'offerta di DiaSorin: la medesima offerta (così come quella della concorrente Johnson Johnson) non veniva ammessa al proseguimento della gara. Restava in gara, dunque, una sola offerta, quella del RTI Beckman Coulter, che conseguiva il punteggio 40/40 per la propria proposta tecnica.

Nella seduta pubblica del successivo 11 gennaio 2012, letti i verbali di valutazione delle offerte tecniche, si procedeva all'apertura dell'offerta economica di RTI Beckman che conseguiva il punteggio di 60/60.

Con provvedimento del 17 gennaio 2012 , veniva inviata ai concorrenti la comunicazione relativa all'esito della gara: per quanto riguarda DiaSorin venivano esplicitate le ragioni della ritenuta non conformità dell'offerta

tecnica alle prescrizioni della lex specialis di gara; con deliberazione del giorno successivo, 18 gennaio 2012, n. 93 l'Azienda, approvati gli atti di gara, aggiudicava il lotto n. 1 della procedura al RTI Beckman Coulter.

DiaSorin, esaminate le ragioni poste a fondamento del giudizio di non conformità espresso nei confronti della propria offerta e della conseguente esclusione, ed esperito l'accesso agli atti, ha trasmesso all'Azienda informativa ai sensi dell'art. 243 bis in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale .

Con il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 24/2/2012, la ricorrente formula avverso il provvedimento di esclusione dalla procedura per non conformità dell'offerta censure di violazione dell'art. 2 del D.lgvo n.163 2006; violazione dei principi di trasparenza e par condicio; violazione delle garanzie partecipative; motivazione erronea , contraddittoria ed insufficiente; eccesso di potere sotto il profilo dell'ingiustizia manifesta, illogicità ed errore nei presupposti.

Con motivi aggiunti depositati in data 8/3/2012 la ricorrente, premesso di aver ha potuto effettuare accesso agli atti mediante estrazione di copia solo in data 14 febbraio 2012 e che in tale occasione sono stati consegnati la delibera di aggiudicazione n. 93 del 18 gennaio 2012 e i verbali n. 1 e 2 delle sedute tecniche della commissione, ha impugnato:

- il provvedimento dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico – Vittorio Emanuele, Settore Provveditorato ed Economato, n. prot. 002475, in data 17 gennaio 2012, con cui è stato comunicato a DiaSorin S.p.a. l'esito della procedura aperta per “la fornitura e somministrazione continuata per tre anni di diagnostici, reagenti, calibratori, controlli, materiali d'uso e relative attrezzature in regime di service occorrenti per lo screening dei donatori presso il Servizio di immunoematologia e medicina trasfusionale del P.O. Vittorio Emanuele”;
- tutti i verbali della procedura e, in particolare, dei verbali di valutazione

delle offerte tecniche e del verbale (non conosciuto) della seduta pubblica in data 11 gennaio 2012;

- il capitolato speciale di fornitura nella parte in cui prevede che “l’architettura delle soluzioni proposte come sistema deve essere compatibile con gli spazi disponibili” senza allegare o mettere a disposizione dei concorrenti alcun documento o planimetria utile per la conoscenza di tali spazi;

- la determina dirigenziale n. 93 del 18 gennaio 2012 con cui la procedura aperta per “la fornitura e somministrazione continuata per tre anni di diagnostici, reagenti, calibratori, controlli, materiali d’uso e relative attrezzature in regime di service occorrenti per lo screening dei donatori presso il Servizio di immunoematologia e medicina trasfusionale del P.O. Vittorio Emanuele” è stata aggiudicata, per quanto riguarda il lotto n. 1, al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Beckman Coulter S.r.l., Alifax S.p.a. e Bio-Rad Laboratories S.r.l.;

- ogni altro atto presupposto, connesso, consequenziale e conseguente agli atti impugnati.

La ricorrente, postulando di aver soltanto a seguito dell’accesso agli atti avuto modo di valutare appieno l’illegittimità degli atti dell’Amministrazione, ha ribadito le censure formulate con il ricorso principale ed ha rilevato che l’offerta di DiaSorin, comporta un ingombro inferiore di circa 5 mq rispetto a quella dell’aggiudicatario RTI Beckman Coulter.

L’Azienda intimata - costituitasi in giudizio - ha, con memoria depositata in data 19/3/2012, preliminarmente eccepito l’inammissibilità del ricorso in quanto non sarebbe stata impugnata in modo chiaro ed autonomo l’esclusione della ricorrente atteso che il provvedimento di esclusione sarebbe costituito dal verbale della seduta di gara del 29/12/2011 e conosciuto dalla Azienda ricorrente sin dall’ 11/1/1012, come emergerebbe

dal relativo verbale. Pertanto, non avendo l'odierna ricorrente impugnato tempestivamente l'atto di esclusione, ma soltanto gli atti consequenziali di gara, il ricorso in epigrafe, ed i correlati motivi aggiunti, sarebbero inammissibili.

Nel merito il ricorso sarebbe infondato in punto di fatto e di diritto.

Anche la controinteressata Beckman Coulter S.r.l. si è costituita in giudizio ed ha formulato, le medesime eccezioni della Azienda resistente.

Con memoria di replica la ricorrente ha controdedotto alle eccezioni in rito ed in merito formulate dalla resistente e dalla controinteressata eccependo, a sua volta, che l'eccezione di inammissibilità del ricorso sarebbe infondata in quanto muoverebbe dal falso presupposto che nella fattispecie di cui in causa vi sarebbe stato un vero e proprio provvedimento di esclusione in senso tecnico con le relative conseguenze sul piano processuale. Ciò non sarebbe vero atteso che l'esclusione in senso tecnico avrebbe dovuto rivestire altre forme ed avrebbe dovuto essere adottata nella seduta pubblica di disamina della documentazione amministrativa a seguito della riscontrata mancanza di requisiti o di documenti, ed ai sensi dell'art. 79 del D.L.vo avrebbe dovuto essere comunicata entro trenta giorni per consentire al ricorrente pretermesso di contestare il provvedimento al fine di rientrare nella competizione.

Nella procedura oggetto della controversia, invece, il provvedimento avverso con il ricorso in epigrafe sarebbe un semplice giudizio di valutazione con il quale la Commissione tecnica avrebbe ritenuto l'offerta della ricorrente non conforme.

Pertanto il provvedimento di esclusione non esisterebbe, ma esisterebbero soltanto un verbale della Commissione tecnica, con un giudizio di non conformità, ed un verbale di seduta pubblica dell'Azienda dell'11/1/2012 che ha recepito il precedente verbale.

Inoltre alla seduta della Commissione del 11/1/2012 non sarebbe stato

presente un legale rappresentante della società ricorrente – tale da configurare in capo alla stessa la legale conoscenza dell'eventuale provvedimento di esclusione - avuto riguardo al fatto che la presenza di un semplice incaricato di detta società sarebbe irrilevante atteso che esso non sarebbe stato munito di un mandato né avrebbe rivestito una particolare carica sociale nell'ambito della società.

Nel merito, peraltro, il ricorso sarebbe fondato.

Alla pubblica udienza del 4/7/2012 il ricorso è passato in decisione.

La eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività è fondata.

Invero, come emerge dal contenuto del verbale del giorno 11/1/2012 (allegato n. 6 della memoria della Amministrazione resistente, pagina 4), alla riunione della Commissione presenziava il sig. Festinese Rosario il quale ha chiesto che venissero verbalizzati dei rilievi per conto della odierna ricorrente.

Detti rilievi, puntuali e dettagliati (che prefigurano le censure poi formulate con il ricorso), comportano l'esistenza di una attività di partecipazione della ditta ricorrente al procedimento di esclusione che la riguardava.

Va altresì rilevato che il sig. Festinese, contrariamente a quanto postulato dalla ricorrente, non era un semplice dipendente di essa società svestito di qualunque carica societaria, ma come è dato leggere nell'atto notarile , rogato dal notaio Galliano di Novara , in data 17/1/2011, era procuratore speciale della società, investito di ampi poteri di intervenire “alle aste pubbliche, alle licitazioni private, presso qualunque amministrazione ed ente pubblico” in rappresentanza della Società.

Ad avviso del Collegio, la presenza di un rappresentante della Ditta partecipante alla gara d'appalto nella riunione della commissione durante la quale è stata adottata la determinazioni per essa impresa negativa non comporta ex se piena conoscenza degli atti lesivi ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione soltanto qualora non risulti che il

rappresentante stesso sia munito di mandato o ricopra una carica sociale che consenta di ritenere che la conoscenza da parte dello stesso possa essere riferito alla concorrente (vedasi C.S., V, 2 ottobre 2006, n. 5728; T.A.R. Campania, Napoli, IV, 4 ottobre 2001, n. 4474 e T.A.R. Campania, Napoli, I, 28 giugno 2005, n. 884; CGA n. 547 del 21/4/2010). Però, nella fattispecie di cui in causa il sig. Festinese era investito di un apposito mandato di rappresentanza ed ha partecipato alla seduta della Commissione dell'11/1/2012 in qualità di rappresentante della ricorrente.

Deve, inoltre, ritenersi indiscutibile, in punto di fatto, che nel corso della detta seduta, la commissione ha espresso le sue determinazioni alla presenza del procuratore sig. Festinese, che le ha contestate con rilievi che prefigurano le censure poi formulate con il ricorso.

Si pongono, a questo punto, la prima questione sottoposta all'esame del Collegio, dovendosi verificare se sussista o meno un atto di esclusione della ricorrente dalla gara di cui in causa e la seconda questione dovendosi verificare se, accertata la esistenza di un atto lesivo di esclusione effettuata nei confronti del procuratore dell'Impresa, ciò abbia perfezionato o meno il requisito della piena conoscenza dell'esclusione da parte della destinataria dell'atto.

Ad avviso del Collegio alla luce della lettura del verbale della seduta della Commissione tecnica del 29/12/2011 non può dubitarsi che la affermazione della predetta commissione, verbalizzata, secondo cui l'assemblaggio offerto dalla ricorrente non risulta conforme alle caratteristiche tecniche indispensabili per la partecipazione alla gara costituisce atto di per sé lesivo dell'interesse della ricorrente alla partecipazione alla gara.

Detta valenza lesiva della decisione della commissione è stata corroborata dal successivo verbale del giorno 11/1/2012, confermativo delle conclusioni raggiunte nella seduta precedente, nel corso della quale il sig.

Festinese ha formulato le osservazioni di cui si è precedentemente detto.

Il predetto procuratore, infatti, ha contestato in quella sede la correttezza dell'operato della commissione, affermando che “ tutte le nostre offerte prevedono una configurazione perfettamente in linea con la richiesta espressa nella lex specialis, anzi permette di andare oltre...”.

La tipologia dei poteri esercitati nel corso della seduta del giorno 11/1/2012 - oltre a dimostrare che il sig. Festinese non è un semplice dipendente o persona incaricata solo di assistere alle operazioni di gara, ma un vero e proprio rappresentante, stante la piena capacità di estrinsecare la volontà dell'impresa e, conseguentemente, di rappresentarla anche ai fini della piena conoscenza - dimostra che la percezione della valenza lesiva della verbalizzazione era presente già alla data del 11/1/2012 unitamente alla conoscenza delle ragioni dell'esclusione.

Poiché la ricorrente si duole, con specifica censura ,di non aver avuto piena conoscenza del provvedimento lesivo ai sensi del l'art. 79,,2° comma, del Codice dei contratti, è necessario verificare se la piena conoscenza dell'esclusione, acquisita anteriormente alla formale comunicazione ex art. 79, co 5, lett. B) o in assenza di questa, valga, comunque, a far decorrere il termine decadenziale abbreviato.

La questione va risolta affermativamente.

A norma dell'articolo 120, comma quinto, c.p.a. "Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto”.

Il tenore letterale della norma non osta all'interpretazione fatta propria dal

Collegio, in quanto nella nozione di "ogni altro caso" può rientrare sia l'ipotesi di omessa comunicazione ex art. 79 cit. sia l'ipotesi di effettiva conoscenza acquisita aliunde, trattandosi di casi diversi dalla comunicazione formale.

Tale interpretazione, peraltro, oltre ad essere coerente con la disposizione generale di cui all'art. 41 c.p.a., esclude ogni formalismo cui potrebbe pervenirsi laddove si ritenesse che, anche in ipotesi di piena ed effettiva conoscenza, il termine decorra solo in presenza di una comunicazione espressa. Tanto sarebbe infatti in contrasto con la ratio della previsione del termine decadenziale abbreviato e creerebbe una ingiustificabile deroga al principio generale affermato dallo stesso art. 41 c.p.a..

La norma va letta, pertanto, nel senso che in ogni altro caso (tra cui rientra anche la mancata comunicazione o la conoscenza effettiva), il termine decorre comunque dalla conoscenza dell'atto (in tal senso v. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 1 marzo 2011 , n. 359).

Pertanto, considerato che il ricorso principale in epigrafe è stato notificato in data 24/2/2012, detto ricorso, ed i correlati motivi aggiunti proposti avverso un provvedimento consequenziale a quello impugnato, vanno dichiarati irricevibili per tardività.

Peraltro, il provvedimento di esclusione resisterebbe alle censure formulate sia in sede di verbalizzazione che in sede di ricorso giurisdizionale attesa la piena plausibilità del giudizio emesso dalla Commissione tecnica.

Invero, il sistema dedicato alla fase analitica, offerto da Diasorin, non era costituito da una unica strumentazione o da un sistema modulare costituito da più analizzatori, come richiesto dal capitolato a pag.3, bensì da più macchine.

In particolare sono stati offerti:

4 strumenti Freedom Evolyzer per i dosaggi EIA e 2 Strumenti ILAB Taurus, di cui 2 +1 come strumenti principali e gli altri 2 +1 (identici) per

il back-up.

Strumenti commercializzati e costruiti da ditte differenti, come si evince dalle allegazioni processuali relative alle società Tecam Grup e Instrumentatio Laboratory (depositate come documenti) che producono lo strumento Freedom Evoyzer e lo strumento Ilab Taurus.

La motivazione della Commissione, (secondo cui i sistemi, offerti dalla ricorrente non appaiono in grado, di soddisfare la richiesta capitolare di un'unica strumentazione né quella di un sistema modulare in quanto, pur risultando singolarmente automatici, non sono in grado di gestire in totale automazione tutti processi d'analisi atteso che risultano essere strumenti caratterizzati da tecnologie distinte e non compatibili o integrabili tra loro, in quanto prodotti ed offerti da ditte differenti, e come tali non in grado di assicurare un sistema modulare), tenuto conto della discrezionalità tecnica della quale essa Commissione è investita, si appalesa congrua e logica e non presenta evidenti vizi di irrazionalità tali da giustificare un giudizio di illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo della manifesta irrazionalità.

Ciò anche tenuto conto delle previsioni del capitolato che sul punto prevedevano e richiedevano:

- pag. 2, un sistema totalmente automatico per lo screening obbligatorio della malattie infettive per la validazione delle unità di sangue come previsto dal D.A. n.01141/10 del 28 aprile 2010;
- pag. 2, il sistema richiesto deve gestire ed assicurare in totale automazione tutti i processi d'analisi;
- pag.3, un sistema di back-up identico a quello principale per garantire il funzionamento del sistema in caso di fermo macchina con conseguente raddoppio della cadenza analitica richiesta;
- pag. 3, una unica strumentazione o un sistema modulare costituito da più analizzatori, necessario per l'esecuzione di tutte le analisi.

- pag. 9, la documentazione tecnica sarà inviata alla Commissione Giudicatrice che ne valuterà la conformità ed ammetterà alla fase successiva le sole offerte giudicate conformi.

La Commissione, in particolare, ha riscontrato che il sistema offerto dalla DiaSorin – definito come “SISTEMA ETI MAX” – era composto da 8 strumenti separati (prodotti da aziende differenti), dotati di diversa tecnologia, fisicamente non collegati tra loro e, quindi, non totalmente automatico oltre che non modulare, come invece richiesto anche per motivi di sicurezza dal capitolato e dalla richiamata specifica disposizione normativa (D.A. n.01141/10 del 28 aprile 2010), con conseguente necessità di maggiore manipolazione dei campioni da parte dei tecnici e rischio di errori.

Per quanto attiene alle doglianze relative illegittimità della decisione della Commissione nella parte in cui ha ritenuto eccessivo lo spazio che avrebbe occupato la strumentazione offerta dalla ricorrente, neppure detta parte dell'enunciato motivatorio si appalesa inficiato dai vizi di illogicità stigmatizzati dalla ricorrente.

Infatti la ditta ricorrente intendeva fornire otto macchine separate e non integrate, con conseguente obbligata collocazione di ogni strumento in spazi di lavoro autonomi e maggior ingombro e difficoltoso accesso per il personale sia in fase operativa che in sede di manutenzione o intervento tecnico.

Quindi la decisione della Commissione Giudicatrice, di dichiarare l'offerta DiaSorin non conforme a quanto richiesto dal capitolato, appare supportata da logiche e coerenti valutazioni tecniche.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio ed onorari nella misura di Euro 1.500,00 (millecinquecento/00) nei confronti di ciascuna delle parti oltre IVA, CPA, e spese generali nella misura di legge.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Giovanni Milana, Consigliere, Estensore

Daniele Burzichelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/08/2012

IL SEGRETARIO

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