

N. 01646/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00419/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 419 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Stryker Italia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Carmelo Mendolia, Andrea Lazzaretti, Bartolo Dattola e Vincenzo Ciardo, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenzo Ciardo in Lecce, via Premuda, 8;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Brindisi, rappresentata e difesa dall'avv. Sante Nardelli, con domicilio eletto presso l'avv. Pier Luigi Portaluri in Lecce, via Imbriani, 36;

nei confronti di

Surgikal s.r.l.;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 9301, del 13 febbraio 2012, con cui l'Azienda Sanitaria Locale di Brindisi ha dato comunicazione della esclusione della Stryker Italia s.r.l. dalla procedura negoziata per la fornitura di un sistema video in alta definizione per la U.O. di urologia dello S.O. "A. Perrino" di

Brindisi;

- del verbale di gara n. 4 del 27 settembre 2011, nella parte in cui la Commissione Aggiudicatrice ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara in quanto la società non avrebbe osservato "in toto" i dettami previsti dalla lettera di invito/disciplinare di gara, relativamente al plico della "Documentazione tecnica", poiché ha ommesso di presentare quanto richiesto al punto 5) e precisamente la "Scheda tecnica analitica del materiale di consumo proposto...";

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in questione, non conosciuto;

- ove occorra, dell'invito/disciplinare di gara prot. n. 63768 nella parte in cui, a pagina 7, tra i documenti da includere nel plico b) "Documentazione tecnica" è stata prevista, a pena di esclusione, una "Scheda tecnica analitica dei materiali di consumo";

- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o comunque consequenziali, anche se non conosciuti.

nonchè

- per l'accertamento dell'inefficacia dell'eventuale contratto stipulato nelle more tra l'Azienda Sanitaria Locale di Brindisi e la società partecipante individuata come aggiudicataria provvisoria;

- del diritto della Stryker Italia s.r.l. di subentrare all'eventuale aggiudicataria per l'esclusione dell'appalto ai sensi degli artt. 245 bis e ss. del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.;

e per l'annullamento dei seguenti atti impugnati con motivi aggiunti depositati in data 18.04.2012:

- provvedimento prot. n. 18742 del 22 marzo 2012, con cui l'Azienda Sanitaria Locale di Brindisi ha dato comunicazione alla Stryker Italia S.r.l. dell'aggiudicazione definitiva alla ditta Surgikal srl di Foggia della procedura negoziata indetta per la fornitura di un sistema video in alta definizione per

la U.O. di urologia dello S.O. "A.Perrino" di Brindisi;

- deliberazione n. 514 del 15.03.2012 con la quale è stata approvata l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ditta Surgikal s.r.l.;
- invito/disciplinare di gara prot. n. 63768 del 18 ottobre 2010;
- tutti i verbali di gara, conosciuti in data 28 marzo 2012;
- tutti gli atti presupposti, connessi e/o comunque consequenziali, anche se non conosciuti.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Brindisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2012 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti gli avv.ti M. V. Podo, in sostituzione dell'avv. V. Ciardo, e S. Nardelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe con cui l'ASL di Brindisi ha disposto la sua esclusione dalla gara, avviata con procedura negoziata, per la fornitura di un sistema video ad alta definizione per l'U.O. del reparto di Urologia dell'ospedale "A. Perrino" di Brindisi; detta esclusione è dipesa dall'asserita violazione della disposizione di cui al punto 5) della lettera di invito, che prevedeva l'obbligo, a pena di esclusione, di produrre, nella busta contenente la documentazione tecnica, la scheda analitica del materiale di consumo proposto, in lingua italiana o in lingua straniera con corrispondente traduzione, sottoscritta dal legale rappresentante della Ditta o da altro soggetto idoneo per Statuto a rappresentarlo.

La Stryker ha partecipato alla gara facendo pervenire, in tempo utile, la propria offerta, ma, con particolare riferimento alla documentazione tecnica allegata, ha dichiarato che “per la tipologia dei prodotti offerti non sono previsti materiali di consumo” (cfr. punto 5 dell’offerta tecnica presentata da Stryker).

Con nota prot. 9301 del 13.2.2012, quindi, l’Azienda Sanitaria ha comunicato l’esclusione dalla gara della ricorrente, come disposta nel verbale n. 4 del 27.9.2011 dalla Commissione giudicatrice, ritenendo che la dichiarazione resa da Stryker non fosse sufficiente a soddisfare il requisito richiesto dal punto 5) della lettera di invito.

Di qui il presente ricorso, con cui la ricorrente lamenta l’illegittimità degli atti impugnati per i seguenti motivi:

- 1) violazione degli artt. 42, comma 3, e 46 del d.lgs. n. 163/2006, violazione della lex specialis di gara e dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, violazione della par condicio e del favor participationis, eccesso di potere sotto distinti profili;
- 2) violazione degli artt. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e 18 della legge n. 241/1990, violazione dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, violazione della par condicio e del favor participationis, eccesso di potere sotto distinti profili;
- 3) violazione degli artt. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e 3 della legge n. 241/1990, violazione dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, violazione della par condicio e del favor participationis, eccesso di potere sotto distinti profili;
- 4) violazione dell’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e della lettera di invito, con particolare riferimento al punto riguardante la documentazione tecnica, eccesso di potere sotto distinti profili;
- 5) violazione dell’art. 68 del d.lgs. n. 163/2006 e dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, difetto di motivazione;

6) violazione dell'art. 79, comma 5, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 97 Cost., violazione del principio del buon andamento e della trasparenza. Con atto depositato in data 13.4.2012 si è costituita in giudizio l'ASL di Brindisi per resistere al ricorso.

Con motivi aggiunti depositati il 18 aprile 2012 la società Stryker ha impugnato gli ulteriori atti indicati in epigrafe, sia deducendone l'illegittimità derivata per i medesimi vizi già denunciati con il ricorso introduttivo, sia per illegittimità propria.

Con particolare riferimento a quest'ultima, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, l'eccesso di potere sotto distinti profili e la violazione delle disposizioni di gara soprattutto quelle poste a presidio della regola della segretezza delle offerte; lamenta, altresì, la violazione dell'art. 243 bis del d.lgs. n. 163/2006, per non avere, l'Amministrazione, dato risposta alcuna al preavviso di ricorso inoltrato da Stryker e per non aver dato riscontro alle controdeduzioni dell'interessata.

Entrambe le parti costituite hanno depositato memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 26 luglio 2012 la causa, sulle conclusioni delle parti, è stata posta in decisione.

II. Il Collegio reputa di dover affrontare per prima la questione relativa all'applicabilità, alla gara in questione, della disposizione contenuta nell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, come introdotta dal D.L. n. 70 del 13.5.2011.

La predetta disposizione stabilisce che "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la

domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che nel caso in cui il bando di gara per l'assegnazione di un appalto pubblico sia stato pubblicato in data anteriore all'entrata in vigore del D.L. n. 70/2011 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 12 luglio 2011, n. 106), il nuovo regime che disciplina le cause di esclusione non è applicabile, non possedendo, la intervenuta novella normativa sopra richiamata, il requisito della retroattività. Né rileva che l'esclusione della ricorrente sia intervenuta dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 46 del codice dei contratti, il quale può trovare applicazione solo con riferimento alle gare bandite dopo la sua entrata in vigore (T.A.R. Sicilia – Catania, sez. III, 12 dicembre 2011, n. 2961; T.A.R. Veneto, sez. I, 2 dicembre 2011, n. 1791).

Poiché nella fattispecie la lettera di invito reca la data del 18.10.2010, quindi è anteriore all'entrata in vigore della novella normativa che ha riguardato l'art. 46 del codice dei contratti, il comma 1 bis della predetta disposizione non può essere applicato, *ratione temporis*, al caso in esame, con la conseguenza che le clausole previste a pena di esclusione dalla Stazione Appaltante non possono essere considerate nulle.

III. Il Collegio reputa che l'esclusione della ricorrente dalla gara sia comunque illegittima per i motivi di seguito riportati.

a) A pag. 7 della lettera di invito, nella parte relativa alla documentazione tecnica da allegare a pena di esclusione, ai punti n. 1, n. 2 e n. 5 è stato chiesto di produrre: 1) scheda tecnica analitica dei prodotti *proposti...*, 2) depliant illustrativi dei prodotti *proposti...*, 5) scheda tecnica analitica del

materiale di consumo *proposto...*; in tutti e tre i casi la documentazione tecnica richiesta fa riferimento ai prodotti e materiali “proposti”, ossia a quelli che le ditte partecipanti avrebbero dovuto offrire in quanto compresi nell’oggetto dell’appalto.

L’oggetto della gara è dettagliatamente individuato all’art. 1 del Capitolato speciale, che in nessun caso fa riferimento alla fornitura di materiali di consumo (non potendosi ritenere tali i cavi a fibre ottiche che, invece, costituiscono materiale durevole).

Parte resistente sostiene che per il funzionamento di talune componenti del sistema video ad alta definizione elencate all’art. 1 del Capitolato (in particolare, la fonte di luce con lampada allo xenon da 300 watt compresa di n. 2 cavi a fibre ottiche, la stampante fotografica a colori, professionale e medicale, ed il sistema di registrazione su DVD) è necessario l’utilizzo di materiali di consumo, quali appunto lampade, inchiostro, toner, carta, supporti DVD. Pertanto, benché essi non siano oggetto della fornitura, sussisterebbe comunque un interesse della Stazione Appaltante a conoscere le caratteristiche di tali materiali, atteso che gli stessi incidono sui futuri costi di gestione dell’apparecchiatura e quindi sulla valutazione qualitativa dell’offerta tecnica.

Il Collegio non conviene con tale prospettazione.

La dicitura utilizzata al punto 5) della lettera di invito “scheda tecnica analitica del materiale di consumo proposto” non può che riferirsi, come per i precedenti punti 1) e 2), in cui è stato fatto analogo riferimento ai “prodotti proposti”, al materiale di consumo oggetto della fornitura. Qualora, invece, la Stazione Appaltante avesse voluto acquisire anche informazioni dettagliate sui materiali di consumo necessari per il funzionamento delle apparecchiature offerte, benché non compresi nell’oggetto dell’appalto, al fine di effettuare una compiuta valutazione sui futuri costi di gestione, avrebbe dovuto far riferimento non al “materiale di

consumo proposto”, bensì a quello che sarebbe stato necessario utilizzare per il funzionamento dei macchinari proposti.

Il punto 5) della lettera di invito, quindi, la cui applicazione ha indotto l'Amministrazione ad escludere la ricorrente dalla gara in questione e, per lo stesso motivo, ad escludere ulteriori tre ditte partecipanti, è una clausola dalla dubbia formulazione che, come tale, deve essere interpretata nel suo significato letterale, in ossequio al principio del favor participationis. Ed è proprio interpretando la suddetta clausola nel suo significato letterale, che le Ditte escluse hanno tutte dichiarato che tra i prodotti offerti non erano previsti materiali di consumo, riferendosi evidentemente al materiale di consumo “proposto”, ossia a quello oggetto della gara e non a quello che sarebbe stato necessario acquistare in futuro per il funzionamento dell'apparecchiatura (come detto estraneo all'oggetto della fornitura e, quindi, anche inidoneo a determinare variazioni dell'offerta complessiva).

La valutazione del materiale di consumo necessario all'utilizzo dei macchinari avrebbe al più potuto avere un peso sulla valutazione qualitativa dell'offerta tecnica in termini di punteggio e non determinare in radice l'esclusione.

E' principio pacifico, in materia di procedure ad evidenza pubblica, che le clausole di esclusione sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbero di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, il principio della par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (Consiglio di Stato, sez. VI, 10 aprile 2012, n. 2064; T.A.R. Basilicata, sez. I, 19 aprile 2012, n. 177).

Data la difformità tra il senso letterale della disposizione di cui al punto 5) della lettera di invito e l'interpretazione che di essa ha dato la Stazione Appaltante, il Collegio reputa illegittima e contraria al principio della più

ampia partecipazione l'esclusione della ricorrente dalla gara in questione.

b) Peraltro, le schede tecniche relative ai materiali di consumo prodotte dalle Ditte ammesse alla gara (tra cui anche quelle dell'aggiudicataria) riportano l'indicazione dei codici dei prodotti e delle quantità contenute nelle confezioni e, solo in taluni casi, riportano una sintetica descrizione dei prodotti medesimi; esse, pertanto, sono inidonee a consentire una compiuta valutazione sui futuri costi di gestione delle apparecchiature oggetto della fornitura in relazione ai materiali di consumo utilizzabili, poiché solo l'indicazione di analitiche voci di prezzo e dei quantitativi necessari a coprire l'intero periodo di fornitura sarebbe stata utile a tal fine.

Pertanto, anche sotto questo ulteriore profilo, l'esclusione della ricorrente si rivela illegittima e posta in essere in violazione del principio del favor participationis.

I suesposti profili di illegittimità rivestono carattere assorbente e sono sufficienti a provocare una pronuncia di annullamento degli atti impugnati (anche di quelli impugnati con motivi aggiunti), esimendo il Collegio dall'esame delle ulteriori censure proposte.

III. Sussistono tuttavia valide ragioni (anche la dubbia formulazione della clausola contenuta al punto 5) della lettera di invito), per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi aggiunti, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

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

Luigi Costantini, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario

Simona De Mattia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2012

IL SEGRETARIO

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