

N. 00314/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00995/2010 REG.RIC.



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 la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 995 del 2010, proposto da:

Johnson & Johnson Medical s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Salvadori del Prato e Silvia Curto, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in Cagliari, via Palomba n. 59;

contro

Azienda Ospedaliero - Universitaria di Cagliari, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Barberio, presso il cui studio in Cagliari, via Garibaldi n. 105, è elettivamente domiciliata;

nei confronti di

Abbott sr.l., rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Di Bonito, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Debora Urru in Cagliari, via Farina n. 44;

per l'annullamento

della deliberazione 21 ottobre 2010 n. 600, mediante la quale l'intimata amministrazione ha definitivamente aggiudicato alla Abbot s.r.l. la fornitura in service di un “sistema diagnostico automatizzato per l'esecuzione della diagnostica dei markers virali” e ha preso atto dell'esclusione dalla gara degli altri concorrenti tra cui la ricorrente; dei verbali di gara relativi alla valutazione delle offerte e all'esclusione dalla gara della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della controinteressata.

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti.

Visti tutti gli atti della causa.

Nominato relatore per l'udienza pubblica del 23 marzo 2011 il Consigliere Alessandro Maggio e uditi l'avv. S. Curto per la ricorrente, l'avv. M. Barberio per l'amministrazione resistente e l'avv. C. Tack in sostituzione dell'avv. L. Di Bonito per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Ospedaliero- Universitaria di Cagliari ha bandito una procedura aperta per l'affidamento della fornitura in service di un “sistema diagnostico automatizzato per l'esecuzione della diagnostica

dei markes virali” a cui hanno partecipato quattro concorrenti: La Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l., la Roche Diagnostics s.p.a. la Abbott s.r.l. e la Johnson & Johnson Medical s.p.a.

All’esito delle operazioni di gara la stazione appaltante ha adottato la delibera 21/10/2010 n. 600 con la quale, previa esclusione di tutte le altre concorrenti, ha aggiudicato l’appalto alla Abbott s.r.l.

Ritenendo l’aggiudicazione illegittima la Johnson & Johnson Medical l’ha impugnata chiedendone l’annullamento per vizi di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si sono costituite in giudizio sia l’amministrazione intimata che la controinteressata che con separate memorie si sono opposte all’accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 23/3/2011 la causa, su richiesta delle parti, è stata posta in decisione.

DIRITTO

Può prescindere dalle eccezioni di rito sollevate sia dall’amministrazione resistente che dalla controinteressata, essendo, comunque, il ricorso da respingere.

Al riguardo giova solo puntualizzare che in base all’orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide il soggetto (come l’odierna ricorrente) legittimamente escluso da una procedura per l’aggiudicazione di un pubblico appalto mantiene, comunque, l’interesse a far valere le censure suscettibili di caducare l’intera competizione, costituendo il fatto della partecipazione (ancorché

viziata) alla procedura il titolo che lo legittima ad agire a tutela dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara (cfr. T.A.R. Sardegna 10/8/2010 n. 2099 e 14/6/2010 n. 1487; Cons. Stato, III Sez., 3/3/2011 n. 1369; VI Sez., 11/1/2010 n. 14).

Può quindi passarsi ad affrontare nel merito le doglianze rivolte contro l'aggiudicazione disposta in favore della Abbott.

Con un primo motivo si deduce che quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver proposto, in violazione del capitolato, la fornitura:

- a) di un sistema che non consente "l'accesso random e il caricamento in continuo dei campioni";
- b) di reagenti non pronti all'uso.

Difatti, per un verso si fa rilevare che in base al manuale d'uso del sistema offerto dalla controinteressata il coperchio dell'apparecchiatura non può essere aperto durante il funzionamento della stessa, pena la perdita delle analisi in corso. Per altro verso si osserva che i reagenti, sempre in base al suddetto manuale, devono essere capovolti per 30 volte prima di poter essere utilizzati.

La doglianza è infondata sotto entrambi i profili in cui si articola.

Con riguardo al primo aspetto della censura occorre distinguere tra il caricamento dei reagenti e quello dei campioni.

La corretta lettura del manuale d'uso rende chiaro che ciò che il sistema Abbott non consente è il caricamento continuo dei reagenti, mentre invece permette il caricamento in questione con riguardo ai

campioni.

Dal suddetto manuale emerge, infatti, con evidenza, che il coperchio che non si può aprire durante il funzionamento dell'apparecchiatura è unicamente quello che consente di accedere al vano contenente i reagenti (documento 11 della produzione della ricorrente). Mentre con altrettanta certezza si ricava che il sistema fornito consente l'accesso random e il caricamento continuo dei campioni (documenti 9, 10 e 10 bis della produzione della resistente Azienda Ospedaliero – Universitaria).

L'apparecchiatura fornita è quindi, sotto il profilo in questione, conforme alle prescrizioni di capitolato che richiedeva la possibilità di accesso random e di caricamento continuo solo in relazione ai campioni.

Nemmeno l'ulteriore profilo di doglianza merita accoglimento.

In base al manuale d'uso, i reagenti della Abbott, prima di essere inseriti nell'analizzatore, devono essere capovolti alcune volte “onde riportare in sospensione le microparticelle che possono aver sedimentato”. Dev'essere inoltre applicata sull'apertura del flacone una piccola membrana (detta setto) che serve per “evitare l'evaporazione e la contaminazione dei reagenti e per assicurarne l'integrità”.

Orbene, le descritte operazioni non impediscono di considerare i reagenti proposti dall'aggiudicataria “pronti all'uso”, dovendosi ritenere che tale caratteristica venga meno solo nei casi in cui il

reagente, prima di poter essere utilizzato debba essere miscelato con altre sostanze, come nel caso in cui il medesimo presentandosi sotto forma di liofilizzato, debba essere ricostituito attraverso la mescolanza con sostanze liquide.

Con il secondo motivo l'odierna istante lamenta che la Abbott avrebbe dovuto essere esclusa per non aver offerto il test HVA totale, così come richiesto dal capitolato.

Nemmeno questa censura è fondata.

Il capitolato stabiliva che la fornitura avesse ad oggetto, tra l'altro, i test HVA e HVA – IgM.

Contrariamente a quanto la ricorrente afferma, nulla autorizza a ritenere, in mancanza di ulteriori specificazioni, che attraverso il generico riferimento al test HVA la stazione appaltante intendesse richiedere il test HVA Totale, il quale comprende i test HVA – IgM e HVA – IgC.

Poiché l'aggiudicataria ha offerto i test HVA – IgM e HVA – IgC, la sua proposta risulta conforme alle prescrizioni di capitolato.

Col terzo motivo, infine, la ricorrente lamenta che l'intimata Azienda Ospedaliero – Universitaria, non avrebbe potuto procedere all'aggiudicazione senza prima verificare la congruità dell'offerta della Abbott.

E ciò, sia perché l'offerta supera la soglia di cui all'art. 86, comma 2, del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, sia perché comunque si trattava dell'unica offerta rimasta in gara.

La censura non coglie nel segno.

La citata norma stabilisce che “quando il criterio di aggiudicazione è (come nel caso di specie) quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”.

La logica di tale criterio è intuitiva. Il punteggio tecnico è proporzionale alla consistenza e qualità delle prestazioni, mentre quello economico è inversamente proporzionale al prezzo offerto. Questo, perché l’offerta di prestazioni aventi consistenza e qualità elevate comporta normalmente l’impiego di risorse umane e materiali di consistenza e qualità superiori a quelle occorrenti per prestazioni di minor valore complessivo, con la conseguenza che, di regola, l’offerta tecnicamente migliore ha costi maggiori di quella di valore tecnico inferiore.

Un’offerta tecnicamente di pregio, che quindi beneficia di punteggio tecnico alto, dovrebbe pertanto prospettare un prezzo elevato e dunque conseguire un punteggio economico modesto. Se ciò non avviene è lecito presumere che il concorrente abbia formulato una proposta che poi non è in grado di eseguire puntualmente, giustificando il sospetto che l’offerta sia anomala, con conseguente onere per la stazione appaltante di verificarne la congruità.

Nel caso di specie, la *lex specialis* della gara (si veda l'art. 9 del capitolato speciale) stabiliva, in ordine all'attribuzione dei 50 punti previsti per l'offerta tecnica – suddivisi in sub elementi di giudizio – che la Commissione avrebbe proceduto ad una “valutazione che verrà effettuata in modo comparato sul singolo criterio, analizzando le relative caratteristiche presentate da ciascun proponente”.

Relativamente all'offerta economica il citato art. 9 prevedeva che al concorrente che avesse proposto il prezzo più basso sarebbe stato assegnato il punteggio più elevato mentre agli altri un punteggio inversamente proporzionale al primo secondo la formula ivi indicata. Orbene, com'è evidente, il meccanismo presuntivo su cui il menzionato art. 86, comma 2, si fonda non poteva operare nella fattispecie, atteso che essendo unica la concorrente rimasta in gara, non era materialmente possibile procedere all'attribuzione dei punteggi secondo i criteri previsti dalla *lex specialis* della gara.

Non sussisteva, dunque, alcun obbligo per l'intimata amministrazione di procedere alla verifica di congruità. Né peraltro tale obbligo discendeva dal comma 3 del citato art. 86, che configura come meramente facoltativo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre ad analisi le offerte che appaiono anormalmente basse.

Il ricorso va, dunque, respinto.

Spese ed onorari di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'intimata amministrazione e della controinteressata, liquidandole forfettariamente in complessivi € 5.000/00 (cinquemila) pro parte, oltre I.V.A. e C.P.A., nella misura di legge.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Grazia Flaim, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2011

IL SEGRETARIO

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