



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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1226 del 2008, proposto dalla Givas S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Gaetano Armao, Guido Corso e Raffaella Rampazzo, con domicilio eletto presso l'avv. Guido Corso in Palermo, via Rodi 1;

contro

Azienda Unita' Sanitaria Locale N. 9 di Trapani, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Bentivegna, con domicilio eletto presso il predetto difensore in Palermo, p.zza Don Bosco N. 1/B;

nei confronti di

Industrie Guido Malvestio Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Calogero Mattina,

domiciliato presso la Segreteria di questo T.A.R. in Palermo, via Butera n. 6;

per l'annullamento

della deliberazione n.1032 del 29/4/2008 del Direttore generale dell'AUSL n.9 di Trapani di non approvazione dei verbali della Commissione Tecnica dal n.4 al n.12 nella parte relativa al giudizio tecnico espresso dalla stessa nei confronti della GIVAS;

- del verbale n.59 del 14/12/2007 della Commissione Tecnica, nella parte in cui viene disposta l'aggiudicazione provvisoria del lotto C alla ricorrente, di aggiudicazione della fornitura di arredi per stanze degenza di cui al lotto C alla Ditta Malvestito, deliberazione di cui si è avuta conoscenza per mezzo di telefax in data 6 maggio 2008;

- della nota protocollo n.1684 del 6 maggio 2008, anticipata con telefax in data 6/5/2008, con la quale il Capo dell'Area Provveditorato ed Economato comunicava la deliberazione impugnata sub 1);

- dei verbali dal n.6 al n.12 della Commissione Tecnica nella parte in cui non escludono la controinteressata, formulano giudizio tecnico e le attribuiscono il punteggio;

- del verbale del 14/12/2007 della Commissione tecnica nella parte in cui ha dichiarato la Ditta Malvestito seconda in graduatoria e non la sua esclusione dalla gara, attesa la non conformità dell'offerta;

- della deliberazione n.739 dell'8/4/2008 del Direttore generale nella parte in cui ha stralciato la posizione relativa all'aggiudicazione del

lotto C, provvisoriamente aggiudicato alla ricorrente;

- del parere favorevole del Direttore Amministrativo richiamato nella deliberazione impugnato sub 1);
- del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unita' Sanitaria Locale N. 9 di Trapani e di Industrie Guido Malvestio Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2011 il dott. Giovanni Tulumello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso introduttivo notificato il 23 maggio 2008 e depositato il successivo 27 maggio, la s.r.l. GIVAS ha impugnato gli atti della procedura aperta per l'aggiudicazione della fornitura di arredi per stanze degenza, e arredi sanitari vari, destinati all'Ospedale di Marsala, e precisamente:

- a) la deliberazione n.1032 del 29/4/2008 del Direttore generale dell'AUSL n.9 di Trapani di non approvazione dei verbali della Commissione Tecnica dal n.4 al n.12 nella parte relativa al giudizio tecnico espresso dalla stessa nei confronti della GIVAS;

- b) il verbale n.59 del 14/12/2007 della Commissione Tecnica, nella parte in cui viene disposta l'aggiudicazione provvisoria del lotto C alla ricorrente, di aggiudicazione della fornitura di arredi per stanze degenza di cui al lotto C alla Ditta Malvestito, deliberazione di cui si è avuta conoscenza per mezzo di telefax in data 6 maggio 2008;
- c) la nota protocollo n.1684 del 6 maggio 2008, anticipata con telefax in data 6/5/2008, con la quale il Capo dell'Area Provveditorato ed Economato comunicava la deliberazione impugnata sub 1);
- d) i verbali dal n.6 al n.12 della Commissione Tecnica nella parte in cui non escludono la controinteressata, formulano giudizio tecnico e le attribuiscono il punteggio;
- d) il verbale del 14/12/2007 della Commissione tecnica nella parte in cui ha dichiarato la Ditta Malvestito seconda in graduatoria e non la sua esclusione dalla gara, attesa la non conformità dell'offerta;
- e) la deliberazione n.739 dell'8/4/2008 del Direttore generale nella parte in cui ha stralciato la posizione relativa all'aggiudicazione del lotto C, provvisoriamente aggiudicato alla ricorrente;
- f) il parere favorevole del Direttore Amministrativo richiamato nella deliberazione impugnata sub a);
- g) il bando di gara e del capitolato speciale d'appalto (in via subordinata).

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, l'Azienda intimata e la società controinteressata.

La domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione dei

provvedimenti impugnati, dapprima accolta con decreto n. 589 del 28 maggio 2008, è stata successivamente respinta con ordinanza collegiale n. 678 del 10 giugno 2008.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 14 ottobre 2008, e depositato il successivo 17 ottobre, la società ricorrente ha altresì impugnato:

- a) la nota prot. n. 3002, del 12 agosto 2008, di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva del lotto c) dell'appalto per cui è causa alla s.p.a. Industrie Guido Malvestio (odierna controinteressata);
- b) il suddetto provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il ricorso per motivi aggiunti è affidato alle medesime censure già proposte con il ricorso introduttivo, sotto il profilo dell'invalidità derivata.

Il ricorso introduttivo, ed il connesso ricorso per motivi aggiunti, sono stati definitivamente trattenuti in decisione alla pubblica udienza del 22 marzo 2011.

2. L'odierna ricorrente è risultata aggiudicataria in via provvisoria della gara: successivamente, l'amministrazione – all'esito di una verifica sulla conformità al capitolato degli arredi sanitari offerti alla ricorrente sollecitata dalla contro interessata - ha annullato l'aggiudicazione provvisoria, e ha definitivamente aggiudicato la gara alla società controinteressata.

Il provvedimento in questione (Deliberazione del Direttore Generale

n. 1032 del 29 aprile 2008) è motivato per relationem, con riguardo:

- alle istanze della Industrie Guido Malvestio s.p.a.;
- alle verifiche di conformità operate a seguito di tali istanze dall'area provveditorato e economato dell'Azienda intimata (tendenti a ritenere non fondate le istanze di autotutela);
- ad un parere reso da un legale esterno, ed alla sua successiva integrazione, nel senso invece della illegittimità dell'operato della Commissione di gara e della necessità dell'intervento in autotutela.

Dall'insieme di tale documentazione risulta che la società odierna ricorrente avrebbe fornito delle tipologie di arredi sanitari difformi rispetto al capitolato in relazione ai seguenti profili.

A) Comodino bifrontale predisposto per l'inserimento di carrello servitore indipendente:

- a.1.) comodino con quattro ruote (di cui due dotate di fermo), anziché di due ruote più due piedi fissi;
- a.2.) assenza nel comodino di una apposita sede per l'inserimento del carrello servitore (che in conseguenza di ciò sporgerebbe dalla sagome complessiva).
- a.3.) colonna del carrello servitore sollevabile con dispositivo a molla con comando posto sotto al piano di appoggio, e non nella parte superiore.

Su questi tre punti mentre la Commissione ha interpretato le difformità come offerte migliorative rispetto al capitolato, il parere legale poi recepito nell'impugnato provvedimento di autotutela ha

posto in evidenza quanto meno una carenza di motivazione sul punto, oltre ad una possibile non sussumibilità di tali difformità nella categoria degli elementi migliorativi.

B) Letto pediatrico con trendelenburg.

Il capitolato richiedeva quattro ruote girevoli in materiale plastico, comando dello schienale a gas con comando a leve su ambo i lati; trendelenburg e antitrendelenburg.

La Givas ha offerto un lettino: con ruote in acciaio; con tre ruote girevoli su quattro (una delle ruote lato testa essendo direzionale fissa); con comando dello schienale non a gas, ma a vite; con un unico comando, lato piedi.

Anche il lettino offerto dalla società controinteressata è stato oggetto di verifica da parte della Commissione, la quale ha rilevato come lo stesso, in relazione alla funzione trendelenburg-antitrendelenburg, sarebbe bloccabile in tre sole posizioni oltre lo zero, mentre il capitolato richiederebbe il blocco in qualsiasi posizione (caratteristica posseduta invece, ad avviso della Commissione, dal lettino Givas).

La Commissione, in sede di verifica, con riferimento alle difformità rilevate – rispetto al capitolato - nella fornitura GIVAS ha genericamente ritenuto trattarsi di caratteristiche equivalenti, mentre il citato parere legale, che ha dato la stura all'intervento in autotutela, ha posto in evidenza come tale giudizio di equivalenza sia stato reso con riferimento alla complessiva valutazione qualitativa dei prodotti, e non alle caratteristiche funzionali degli stessi.

Come accennato, l'Azienda, recependo queste ultime indicazioni, ha proceduto in autotutela all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria.

3. Il ricorso risulta affidato alle seguenti censure:

1)Violazione di legge (art. 12 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163); eccesso di potere per difetto di presupposto, carenza di potere.

Secondo questa prospettazione, l'aggiudicazione provvisoria è stata disposta il 14 dicembre 2007, sicché tanto il suo annullamento in autotutela che l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della seconda graduata sono state effettuate quando ormai il termine di trenta giorni previsto dall'art. 12 del d. lgs. 163/2006 – computate anche eventuali interruzioni - era spirato, e l'aggiudicazione provvisoria doveva intendersi approvata dall'organo competente.

La censura è infondata.

Come recentemente chiarito in giurisprudenza (T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. I, Sentenza 28 febbraio 2011 n. 1809), “Tale norma, attenendo al controllo sugli atti delle procedure di affidamento, determina, nel caso di inutile decorso del termine, la formazione del silenzio assenso sull'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria; ma non integra, diversamente, il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva. L'aggiudicazione definitiva, infatti, richiede una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione, mentre è il suo presupposto, vale a dire l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, che può venire in essere per effetto del comportamento

inerte dell'organo amministrativo competente, tanto che, ai sensi dell'art. 11, comma 5, del D.Lgs. 163/2006, la stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria di cui all'art. 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva. La stazione appaltante, a fronte dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, conserva senz'altro il potere discrezionale di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva; di talché il relativo provvedimento, adottato (non solo da Autorità diversa rispetto a quella competente ai fini dell'aggiudicazione provvisoria; ma anche) nell'esercizio di un potere e sulla base di presupposti inassimilabili rispetto a quelli relativi alla medesima aggiudicazione provvisoria, impone una separata impugnazione, in difetto della quale il consolidamento dei relativi effetti priva parte ricorrente dell'interesse all'ulteriore coltivazione dell'impugnativa" (in senso analogo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 8 marzo 2011 n. 1446).

2) "Violazione di legge (art. 2, comma 2, D. Lgs. 12/4/2006 n. 163: artt. 7-8- L. 7/8/1990 n. 241); violazione dei principi di correttezza, buona fede, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa".

La ricorrente, pur riconoscendo che la giurisprudenza considera l'aggiudicazione provvisoria un atto endoprocedimentale (il che refluisce sulla mancanza della necessità di uno specifico contraddittorio relativo alla fase di autotutela, stante la mancata autonomia di detta fase rispetto al procedimento principale cui essa afferisce), tuttavia evidenzia come nella fattispecie, essendo stata

l'autotutela invocata dalla contro interessata, la mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria avrebbe dovuto imporre, per "parità delle armi", un contraddittorio più intenso nei confronti della stessa ricorrente (alla luce dell' "articolato contraddittorio tra i propri organi e il concorrente che ha chiesto e sollecitato il provvedimento di revoca").

La censura è inammissibile per genericità, essendo stata proposta in via del tutto astratta: e comunque in punto di fatto non si fornisce un principio di prova della (né in fondo si allega la) esclusione di un contraddittorio necessario.

3) "Violazione della legge di gara – Capitolato speciale d'appalto, violazione dell'art. 68 D. Lgs. 12/4/2006 n. 163; eccesso di potere per erroneità, falsità di presupposto, e violazione del principio del contraddittorio".

Sostiene la società ricorrente che "le ruote con freno del comodino Givas garantiscono nel modo più assoluto il risultato della sicurezza, anche maggiore al comodino a piedi anteriori fissi. (...) La funzione bloccante garantita dal freno (peraltro avente un costo di produzione maggiore rispetto ai piedini fissi) è migliorativa perché consente l'agevole spostamento del comodino all'interno della stanza, garantendo una facile e migliore sanificazione della stessa".

Considerazioni di analogo tenore vengono svolte a proposito delle difformità riscontrate con riferimento al lettino, laddove si argomenta la censura in esame affermando che "La movimentazione

a lato piedi del lettino Givas è tecnicamente migliore e rispondente alle garanzie di sicurezza del lettino Malvestio” (analoghe considerazioni vengono svolte per il comando dell’inclinazione a vite piuttosto che a gas).

Si tratta di valutazioni soggettive ed opinabili, che non superano l’oggettiva difformità della fornitura dal capitolato.

Si ritiene pacificamente in giurisprudenza che “Nell’ambito degli appalti pubblici, il principio della libera concorrenza trova applicazione in primo luogo nella fase della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riferimento alla individuazione delle prestazioni richieste; in tale sede, pertanto, opera la disciplina di cui all’art. 68, d.lg. n. 163 del 12 aprile 2006 (sulle specifiche tecniche delle prestazioni contrattuali), in base al quale deve essere evitata la predisposizione di prescrizioni di gara gratuitamente selettive, discriminatorie e avulse da esigenze oggettivamente collegate al concreto lavoro, servizio fornitura da realizzare” (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 08 settembre 2009 , n. 1471).

Ora, la GIVAS avrebbe dovuto eventualmente impugnare il bando e il capitolato, in quanto asseritamente discriminatori nei confronti dei propri prodotti, piuttosto che partecipare alla gara, sulla base di una *lex specialis* sicuramente chiara sul punto, e offrire aliud pro alio.

La tardività dell’impugnazione del bando e del capitolato è del resto espressamente eccepita nella memoria dell’Azienda, e su di essa il

collegio concorda.

Le disposizioni della *lex specialis* che identificano con esattezza l'oggetto della fornitura, sono sicuramente automaticamente escludenti rispetto alla partecipazione di quelle imprese che producono arredi difformi da tali caratteristiche, sicché l'esclusione dalla gara non è esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, ma conseguenza diretta della difformità della fornitura offerta rispetto a quella richiesta dal capitolato.

In ogni caso, la fattispecie di cui all'art. 68 del codice dei contratti pubblici qui non rileva, in quanto, come correttamente rilevato nel parere legale richiamato dai provvedimenti impugnati, il problema dedotto attiene alle caratteristiche tecniche della fornitura, e non alle specifiche tecniche della stessa.

I riscontrati profili di difformità attengono infatti a semplici modalità costruttive degli arredi offerti, e non ad elementi afferenti diritti di privativa od altra esclusiva industriale.

4) “Difetto di motivazione e illogicità manifesta e contraddittorietà con il parere del responsabile del Capo dell'Area Provveditorato Economato”.

Si censura la già rilevata discrasia fra l'avviso degli uffici interni e quello del legale esterno sull'oggetto del contendere.

In realtà il citato parere legale, recepito nel provvedimento impugnato, ha diffusamente ed adeguatamente motivato:

- sui limiti del giudizio di equivalenza;

- sulla genericità della motivazione circa le pretese migliori;
- sul fatto che la stessa Commissione si era data, come criterio generale (n. 1), quello per cui “per essere oggetto di valutazione l’offerta migliorativa dovrà risultare da un’apposita relazione o altro documento analogo che consenta di evidenziare i punti o gli aspetti che si differenziano in meglio”.

La censura è pertanto infondata.

5) “Violazione di legge di gara e delle specifiche tecniche del capitolato speciale d’appalto”.

La censura – proposta in via subordinata - investe la pretesa difformità del lettino Malvestio rispetto a quanto previsto dal capitolato in merito al blocco del lettino nella posizione desiderata.

Osserva il collegio che, una volta respinte le censura proposte avverso l’esclusione dalla gara della società ricorrente, la stessa è carente d’interesse rispetto alle residue censure aventi ad oggetto l’ammissione alla gara della controinteressata.

In particolare, a fronte dell’acclarata legittimità della esclusione della ricorrente dalla gara, le censure relative alla ammissione in gara di altra impresa, sono inammissibili per carenza d’interesse, dal momento che “la nozione di "interesse strumentale" non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore”, e che “nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati

non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 4/2011).

6) “Violazione di legge (art. 68 D. Lgs. 12/4/2006, n. 163); eccesso di potere per sviamento e violazione dei principi della concorrenza”.

La censura, proposta in via subordinata, è rivolta contro il bando e il capitolato.

Si contesta il fatto che le “specifiche tecniche” (recte: le caratteristiche tecniche) dei comodini richieste dal capitolato sono quelle possedute dai prodotti delle ditte Malvestio e Cla (altra ditta partecipante alla gara).

Si censura la circostanza che il bando e il capitolato ingenererebbero un “equivoco tra la previsione generale ed astratta delle caratteristiche del prodotto richiesto e la concreta coincidenza di tale previsione generale ed astratta con il prodotto d’individuate ditte concorrenti”.

Qui, oltre alla richiamata, impropria sovrapposizione fra specifiche e caratteristiche tecniche, l’impostazione che è alla base del mezzo è viziata da due salti logici:

- che le caratteristiche richieste siano possedute non da una ma da due ditte partecipanti, non vuol dire che siano discriminatorie (per il solo fatto che una terza ditta non produca manufatti dotati di tali caratteristiche);

- non c'è in realtà alcun equivoco nella *lex specialis* circa l'oggetto della fornitura, per come richiesto.

In realtà la censura in esame pare adombrare il sospetto che la previsione tanto analitica di simili caratteristiche, più che rispondere ad un preciso interesse pubblico in tal senso, rispondesse ad una logica di vantaggio nei confronti dell'azienda produttrice degli arredi aventi tali caratteristiche.

Se così è, tuttavia, come già accennato, essa risulta tardivamente proposta, giacché la società ricorrente, piuttosto che partecipare alla gara - offrendo prodotti privi di tali caratteristiche - con la riserva mentale di aggiudicarsela, avrebbe dovuto tempestivamente censurare la *lex specialis*.

4. A quanto fin qui argomentato consegue il rigetto del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti, perché infondati.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione in favore dell'amministrazione intimata delle spese processuali, liquidate in complessivi e 2.500,00, oltre I.V.A. e C.P.A come per legge.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità

amministrativa.

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

Filoreto D'Agostino, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/09/2011

IL SEGRETARIO

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