



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 686 del 2011, proposto da:

Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Galvani, Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso Avv. Andrea Galvani in Ancona, corso Mazzini, 156;

contro

Azienda Sanitaria Unica Regionale – Asur Marche, rappresentata difesa dall'avv. Cristiana Pesarini, con domicilio eletto presso Avv. Cristiana Pesarini in Ancona, via Marsala, 9; Asur Marche - Zona Territoriale N.9 di Macerata, non costituita.

nei confronti di

Beckman Coulter S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Corrado Curzi, Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso Avv. Corrado

Curzi in Ancona, via Menicucci, 1;

Dasit S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Maria Muscolo, Francesco Tassone, Stefano Giustini, con domicilio eletto presso Stefano Giustini in Ancona, via Marsala, 12;

Alere S.r.l. (Già Inverness Medical Italia S.r.l.), Medical Systems S.p.A., Instrumentation Laboratory S.p.A, non costituite.

per l'annullamento

- in parte qua, della Determina del Direttore generale della Azienda sanitaria Unica Regionale di Ancona n. 424/ASURDG del 12 Maggio 2011, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara per la fornitura di reagenti, materiale di consumo ed attrezzature in service per il dipartimento di patologia clinica del laboratorio di analisi dell'ospedale di Macerata/Tolentino ed anatomia patologica dell'ospedale di Macerata, nella sola parte in cui ha disposto l'aggiudicazione dei seguenti lotti:

Lotto A - Sistema preanalitico ed analitico per chimica clinica ed immunometria - CIG 0257789E32;

Lotto B – Ematologia - CIG 0257795329:

Lotto C – Sistema per esame Chimica-Fisico delle Urine –CIG 02577963FC;

Lotto E – Coagulazione - CIG 0257800748:

per quanto occorrente, degli atti antecedenti e preordinati, in particolare: a) del bando di gara, della lettera d'invito, del capitolato speciale e del capitolato tecnico, nonché dei verbali di gara.

- per quanto occorrer possa, della nota n. Prot. 18102 del 24 Maggio 2011 del Servizio Provveditorato della Azienda Sanitaria Unica Regionale di Ancona.. Zona Territoriale n. 9 – Sede di Macerata recante comunicazione della aggiudicazione all'ATI Beckman/Inverness;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Unica Regionale – Asur Marche e di Beckman Coulter S.p.A. e di Dasit S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Beckman Coulter S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Corrado Curzi, Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso Avv. Corrado Curzi in Ancona, via Menicucci, 1;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 settembre 2011 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La presente controversia scaturisce dagli esiti di una procedura ad evidenza pubblica bandita dall'A.S.U.R. Marche – Zona Territoriale n. 9 per la fornitura di reagenti, materiali di consumo ed attrezzature “in service” per i dipartimenti di Patologia Clinica dell'ospedale di Tolentino e di Anatomia Patologica dell'ospedale di Macerata.

L'appalto era suddiviso in 13 lotti; la ricorrente ha partecipato solo per i lotti A, B, C E ed H (risultando aggiudicataria solo del lotto H), mentre Beckman Coulter è risultata aggiudicataria del lotto A e la Dasit SpA del lotto B.

2. Il ricorso principale è affidato ai seguenti motivi:

- violazione dell'obbligo di corretta custodia dei plichi contenenti le offerte e la documentazione ad esse allegata. La violazione, nella specie, sarebbe aggravata dal fatto che la commissione ha operato in composizione “allargata”, essendosi avvalsa dell'apporto consultivo di non meglio identificati dipendenti della stessa A.S.U.R. – Z.T. n. 9, i quali hanno avuto libero accesso alla predetta documentazione;
- violazione del principio di continuità delle operazioni di gara (le operazioni di gara si sono protratte dal maggio all'ottobre del 2010);
- violazione dell'art. 84 D.Lgs. n. 163/2006 (il fatto che la commissione ha deciso di avvalersi di consulenti esterni implica che i commissari non erano esperti del settore a cui si riferisce l'appalto, il che costituisce una violazione del predetto art. 84, comma 2);
- violazione dell'art. 84 D.Lgs. n. 163/2006 sotto altro profilo, con riferimento alla circostanza che la valutazione dell'offerta è stata

affidata a soggetti esterni alla Commissione,

-violazione art. 79 D.lgs 163/2006, in quanto mancherebbe il verbale della seduta del 22.12.2010.

-eccesso di potere per violazione del principio di pubblicità in sede di apertura offerte tecniche. Violazione di legge.

Le offerte tecniche sarebbero state aperte in seduta riservata.

- difetto di motivazione per quanto concerne i punteggi assegnati dalla commissione alle varie ditte.

3. Oltre a resistere all'azione proposta da Siemens, Beckman ha proposto ricorso incidentale, al fine di "paralizzare" il ricorso principale (limitatamente, è ovvio, al lotto A).

La ricorrente incidentale sostiene che Siemens avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto:

- la dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, richiesta in sede di prequalifica, è stata sottoscritta da un solo soggetto con potere di rappresentanza della società, mentre la mandante Impeco non avrebbe reso alcuna dichiarazione.

-alla ricorrente sarebbe stato illegittimamente concesso di integrare l'offerta economica.

- il documento relativo al c.d. DUVRI (art. 26 del capitolato speciale) non è stato né compilato né sottoscritto dal legale rappresentante di Siemens, ma solo sottoscritto per presa visione.

-alla camera di consiglio del 15 settembre 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione con sentenza resa in forma immediata, ai

sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, cod. proc. amm.

4. Premesso che la presente pronuncia investe dunque solo i lotti A, B,C ed E, il ricorso principale va accolto, mentre va respinto il ricorso incidentale (il cui eventuale accoglimento, come detto, renderebbe inammissibile il ricorso principale solo per quanto riguarda il lotto A). Avendo la ricorrente regolarmente notificato il ricorso alle aggiudicatarie di detti lotti, non è necessaria alcuna integrazione del contraddittorio.

4.1. Il Collegio ritiene di dover accogliere il ricorso principale per una serie di concomitanti ragioni, afferenti, nel complesso, le modalità con cui si è svolta la gara per cui è causa (modalità censurate da Siemens per i profili indicati supra).

In primo luogo, rileva la circostanza che i plichi contenenti le offerte tecniche non sono state aperti in seduta pubblica. Ciò, in base al principio di diritto affermato nella recentissima sentenza n. 13 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (che il Tribunale ovviamente condivide), determina l'illegittimità della procedura.

Peraltro, nel corso della discussione orale, A.S.U.R. e Beckman hanno tentato di accreditare l'idea per cui non risponderebbe al vero che i plichi contenenti le offerte tecniche non sono stati aperti in seduta pubblica, il che risulterebbe dal verbale n. 2 dell'8/3/2010 (erroneamente rubricato "Verbale n. 2 dell'8 febbraio 2010"). Ora, questi assunti non convincono il Collegio per tre ordini di ragioni:

- in primo luogo, perché nel predetto verbale non è detto

chiaramente che i plichi in questione sono stati aperti in seduta pubblica. Anzi, dal verbale si deduce l'esatto contrario, visto che per quanto concerne la documentazione amministrativa il seggio di gara ha elencato nel dettaglio i singoli documenti inseriti da ciascuna impresa nella busta B, mentre alcuna precisazione è riportata per quanto concerne la documentazione contenuta nella busta C;

- in secondo luogo, perché l'art. 13 del capitolato speciale stabiliva chiaramente che i plichi in argomento dovevano essere aperti in seduta riservata (per cui appare strano che il seggio di gara, oltretutto in epoca antecedente la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, sia andato deliberatamente contro la lettera del bando e che tale modus procedendi non abbia fatto registrare alcun rilievo da parte dei numerosi rappresentanti delle ditte accorrenti che erano presenti alle operazioni);

- in terzo luogo, perché l'A.S.U.R., nella memoria di costituzione (vedasi in particolare pagina 20) si è difesa richiamando l'orientamento giurisprudenziale, poi superato dalla citata sentenza n. 13 del 2011 dell'Adunanza Plenaria, secondo cui l'obbligo di pubblicità della seduta non riguarda né la valutazione né l'apertura delle offerte tecniche. Si tratta, come è evidente, di una *excusatio non petita*, che, unita ai consistenti argomenti dianzi indicati, rafforza il convincimento del Collegio circa la fondatezza della doglianza.

Fra l'altro, se fosse vero quanto asserito dalle parti intime, si dovrebbe concludere che le offerte tecniche, non più contenute nei

plici sigillati, sono rimaste in una sorta di limbo fino al momento in cui sono state formalmente consegnate alla commissione di gara (vedasi il citato verbale del seggio di gara dell'8/3/2010 e il successivo verbale della commissione datato 12/5/2010), il che non appare verosimile.

4.2 Nel caso di specie, però, rilevano anche le altre censure sollevate da Siemens con riguardo alle modalità di verbalizzazione degli accorgimenti adottati per la regolare conservazione della documentazione di gara negli intervalli fra una seduta e l'altra ed al procedimento di valutazione delle offerte.

4.3. Sotto il primo profilo, dalla documentazione versata in atti non è dato desumere con esattezza quali sono stati gli accorgimenti adottati dalla stazione appaltante per garantire che le offerte non potessero essere manomesse.

Ciò sia in assoluto (essendo mancata un'adeguata verbalizzazione), sia in relazione al secondo profilo della doglianza.

4.4. Va premesso che:

- in assenza di prova contraria, in casi del genere si è in presenza di fattispecie di pericolo e non di danno (nel senso che, ai fini dell'accoglimento del ricorso, non è necessario che si sia verificata effettivamente la manomissione delle offerte e della documentazione allegata, essendo sufficiente verificare che, in ragione delle modalità in concreto adottate – o non adottate – dalla stazione appaltante, vi sia un concreto rischio che la serenità di giudizio della commissione

possa essere stata in qualche modo alterata. Vedasi, per l'affermazione del principio, la recente sentenza del TAR n. 675/2011);

- il Tribunale, come affermato nella decisione n. 576/2011, non condivide in pieno il principio desumibile dalla sentenza n. 3803/2011 della Sez. VI del Consiglio di Stato, circa il livello di dettaglio che deve caratterizzare la verbalizzazione delle modalità di conservazione della documentazione di gara (a meno che non siano dedotte precise circostanze da cui si possa per l'appunto desumere che la regolarità della procedura è stata messa in pericolo).

4.5. Peraltro, nel caso di specie, rileva anche il fatto (non negato dall'A.S.U.R. e confermato dal verbale di gara del 13/5/2010) che, nel corso delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche, la commissione è stata coadiuvata da non meglio identificati dipendenti della stessa azienda, in servizio presso le strutture a cui sono destinati i materiali oggetto di fornitura. L'amministrazione, sul punto, si è difesa richiamando il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui non è precluso alla commissione di gara di avvalersi di apporti collaborativi esterni le quante volte la valutazione delle offerte richieda il possesso di una preparazione tecnica che va al di là del grado di competenza che è pur richiesto ai commissari dall'art. 84, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Come detto, tale orientamento giurisprudenziale è condivisibile, ma solo in linea generale e fatte salve alcune precisazioni.

In primo luogo, si deve trattare di offerte riferite a lavori, servizi o forniture che presentano effettivamente aspetti di particolare complessità (e nella specie non pare che si fosse in presenza di una tale evenienza e comunque l'amministrazione non ha dato conto di ciò negli atti indittivi).

In secondo luogo, la commissione deve indicare quali sono i soggetti chiamati a fornire gli apporti specialistici. Ciò sia per giustificare la necessità di questo "avvalimento", sia in relazione alla verifica dell'obbligo di imparzialità che grava sui commissari di gara. Come è noto, infatti, i componenti delle commissioni di gara non debbono trovarsi in situazione di conflitto di interessi con i soggetti che rappresentano a vario titolo le imprese partecipanti (e questo sia in relazione al disposto dell'art. 51 c.p.c., sia in base alla norma di cui all'art. 84, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006). Ora, tale divieto sarebbe facilmente aggirabile se la valutazione delle offerte fosse in concreto effettuata da soggetti diversi (e oltretutto non nominativamente indicati) da quelli che compongono ufficialmente la commissione di gara, e questo sarebbe tanto più rilevante allorquando l'esito della valutazione è notevolmente condizionato proprio dal giudizio del consulente esterno (il che accade per definizione, visto che l'esigenza dell'apporto esterno nasce proprio dal fatto che i commissari non posseggono le adeguate specifiche competenze).

4.6. Nel caso di specie, per un verso non sono indicati i nominativi

dei consulenti esterni, né i punti delle offerte abbisognevole di specifico approfondimento tecnico; per altro verso, in base a quanto è dato desumere dal verbale datato 23/7/2010 questi consulenti hanno avuto libero accesso alla documentazione di gara, anche in assenza di almeno un componente della commissione (vincolo che era stato inizialmente previsto, come risulta dal verbale datato 10/6/2010).

5. Tutte queste irregolarità non fanno che confermare la fondatezza delle doglianze articolate da Siemens.

Il Collegio non ritiene invece fondate le altre doglianze:

- per quanto concerne la dedotta violazione del principio di continuità delle operazioni di gara, in punto di fatto il Tribunale ritiene di dover condividere gli argomenti difensivi dell'A.S.U.R. e della controinteressata Beckman (in effetti, tenuto conto del numero delle imprese partecipanti, un arco temporale di circa cinque mesi, comprendente al suo interno anche il periodo feriale, non appare eccessivamente lungo), in punto di diritto ritiene invece di poter richiamare le considerazioni formulate nella citata sentenza n. 576/2011;
- per quanto attiene le presunte violazioni dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006, ugualmente il Tribunale ritiene di dover condividere le argomentazioni difensive rassegnate dall'A.S.U.R.;
- anche in relazione all'asserito difetto di motivazione (per essersi la commissione limitata ad assegnare solo i punteggi numerici), va

rilevato che i criteri di valutazione previsti dal capitolato erano piuttosto dettagliati, per cui l'attribuzione dei punteggi numerici è da ritenere sufficiente ai fini che qui interessano.

6. La fondatezza del ricorso principale impone l'esame del ricorso incidentale, che il Collegio non ritiene meritevole di accoglimento.

6.1. Per quanto concerne la questione relativa alla carenza di potere rappresentativo in capo al procuratore di Siemens che ha sottoscritto la documentazione richiesta in sede di prequalifica il Tribunale ritiene infondate le doglianze di Beckman in quanto:

- con riguardo alla mancanza della dichiarazione resa da Impeco, va condivisa la tesi della ricorrente: la stessa ha non ha partecipato alla fase di prequalifica, essendo stata regolarmente aggregata solo al momento della presentazione dell'offerta. Conseguentemente, non si può prevedere l'onere di rendere la dichiarazione, a pena esclusione, in una fase dove non era prevista. Può quindi, nella particolare fattispecie in esame, essere lecito un controllo in fase successiva della Stazione appaltante, tanto più che non sono risultate cause ostative a carico di Impeco (si veda memoria del 13.9.2011).

- con riguardo alle dichiarazioni rese da Siemens, non è contestato che il procuratore che ha sottoscritto le dichiarazioni sia munito del potere di sottoscrivere per conto della società offerte ad enti pubblici e la documentazione richiesta per la partecipazione alle gare, nonché di concludere contratti per conto di Siemens;

- ora, l'attribuzione di tale potere da parte dei legali rappresentanti

della società non avrebbe alcuna utilità pratica se fosse vero quanto sostenuto dalla ricorrente incidentale (dovendo in ogni caso le offerte, l'allegata documentazione amministrativa e i contratti essere firmati dai legali rappresentanti).

-costituisce, notoriamente, infatti principio giurisprudenziale condiviso l'affermazione secondo cui il procuratore speciale può rendere per conto del rappresentato anche la dichiarazione ex art. 38.

-con riguardo al secondo motivo di ricorso incidentale, il Collegio ritiene di dovere valutare la circostanza che, come appare sostanzialmente incontestato, le omissioni presenti nell'offerta di Siemens non hanno minato l'intelligibilità dell'offerta economica, né l'integrazione presentata dalla ricorrente, successiva all'apertura e valutazione delle offerte economiche, ha integrato una violazione della par condicio dei concorrenti. Questo perché, come rilevato correttamente dalla ricorrente nelle proprie memorie, la ricorrente aveva allegato alla documentazione di gara un'offerta economica, senza prezzi, da dove si poteva agevolmente desumere il prezzo dei test mancanti offerti, con il confronto con il totale dell'offerta. In questo caso, si deve ritenere, che non vi sia stata alcuna modifica dell'offerta economica, per cui si deve ritenere possibile la correzione, da parte della stazione appaltante, degli errori materiali commessi dall'offerente (sul tema Tar Lazio Roma 8.5.2008 n. 3737). Per quanto concerne, invece, la sottoscrizione del documento relativo al c.d. DUVRI (allegato 4-terzo motivo di ricorso

incidentale), il Collegio ritiene di dover respingere la censura in base a tre considerazioni:

- in primo luogo, il bando non sanciva con l'esclusione la mancata allegazione o compilazione del documento de quo in assoluto, per cui la firma "per presa visione" (proveniente da soggetto avente la rappresentanza legale della Società) è sufficiente ai fini di che trattasi, così come la firma di un procuratore visto che i concorrenti, nel momento in cui presentano la domanda di partecipazione e l'offerta, debbono solo attestare di aver visionato la documentazione di cui al D.Lgs. n. 81/2008 e di non avere rilievi da fare. Solo sull'aggiudicatario gravano ben precisi obblighi, il che è dimostrato dal fatto che l'art. 26 del capitolato speciale prevede per l'aggiudicatario l'assolvimento di alcuni oneri non richiesti invece per gli altri concorrenti;

- dal punto di vista empirico, nel presente appalto gli oneri per la sicurezza assommano a complessivi € 600,00 per il triennio di durata della fornitura ed essi riguardano esclusivamente la formazione del personale. Dunque, anche per una questione di rispetto del principio di proporzionalità, la prescrizione invocata da Beckman va interpretata nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante in sede di gara.

7. In conclusione, il ricorso principale va accolto, mentre va respinto il ricorso incidentale.

Va infine precisato che, essendo tutte le censure formulate da

Siemens finalizzate al travolgimento dell'intera procedura (il che è stato riconfermato anche nel corso della discussione orale dai difensori della ricorrente principale), l'accoglimento del ricorso costituisce anche reintegrazione in forma specifica dell'interesse (strumentale) azionato nel presente giudizio.

Le spese di causa, liquidate in dispositivo, sono poste a carico della sola A.S.U.R. Marche, sia in ragione del fatto che Beckman non ha in alcun modo concorso all'adozione degli atti impugnati da Siemens, sia in ragione della non palese infondatezza del ricorso incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale;
- condanna ASUR Marche al pagamento in favore della ricorrente principale delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in € 4.000,00, oltre ad accessori di legge.
- compensa le spese di giudizio nei confronti delle controinteressate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 15 settembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/10/2011

IL SEGRETARIO

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