



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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7727 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ge Healthcare Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Lirosi e Cinzia Guglielmello, con domicilio eletto presso lo Studio Legale “Gianni, Origoni, Grippo & Partners”, in Roma, via delle Quattro Fontane n. 20;

***contro***

I.F.O. – Istituti Fisioterapici Ospitalieri, Istituto Nazionale Tumori Regina Elena – Istituto Dermatologico San Gallicano, rappresentati e difesi dagli avv.ti Rosaria Russo Valentini e Roberto Bonatti, con domicilio eletto presso il loro studio, in Roma, piazza Grazioli n. 5;

***nei confronti di***

- Iason Italia Srl e Iason GmbH, rappresentate e difese dagli avv.ti

Luigi Manzi e Herald Jorg Gamper, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via F. Confalonieri, 5;

- A.C.O.M. spa – Advanced Center Oncology Macerata Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Germano Scarafiocca e Laura Marras, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultima, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

- Advanced Accelerator Applications (Italy) Srl (“AAA”), non costituita;

- Iba Molecular Italy Srl, non costituita;

***per l'annullamento (quanto al ricorso introduttivo)***

- della deliberazione n. 560 del 18.07.2011 del Direttore Generale di IFO, con cui si è disposto di approvare l’aggiudicazione alle società Acom spa e Iason GmbH della fornitura di radio farmaci per scintigrafia pet occorrenti alla S.C. di medicina nucleare degli Istituti, per la durata di anni uno dalla data di aggiudicazione e di renderla disponibile, con unico riferimento all’aggiudicazione del sub-lotto n. 1) in favore di Iason;

- della nota prot. n. 2317 del 28.07.2011, con cui è stata comunicata alla ricorrente l’avvenuta aggiudicazione alla società Iason dei “sub-lotti nn. 1)”;

- della nota prot. ABS n. 1713 del 27 maggio 2011, con cui IFO ha comunicato a GE, fra l’altro, che in data 25.5.2011 la Commissione ha provvisoriamente aggiudicato (art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006) alla soc. Iason la fornitura di cui trattasi “relativamente ai sub-lotti nn.

1)”;

- di tutti i verbali della Commissione Giudicatrice in parte qua e, segnatamente, (I) del verbale della seduta pubblica del 3 febbraio 2011 e del verbale della seduta riservata del 7 marzo 2011 (quest’ultimo non conosciuto), nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dalla gara di Iason (aggiudicataria) e nella parte in cui, invece, la stessa è stata illegittimamente ammessa all’integrazione del certificato CCIAA; (II) del verbale della seduta pubblica del 13 aprile 2011 e della seduta riservata del 2 maggio (quest’ultimo non conosciuto), nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dalla gara di Iason (aggiudicataria) e di IBA (terza classificata) e nella parte in cui, invece, le stesse sono state illegittimamente ammesse all’integrazione della documentazione tecnica; (III) del verbale della seduta riservata deputata alla valutazione delle offerte tecniche (presumibilmente la seduta tecnica del 18 aprile 2011, verbale non conosciuto), nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione di Iason (aggiudicataria), di ACOM (seconda classificata) e di IBA (terza classificata) per i gravissimi vizi relativi all’offerta presentata per il sub-lotto n. 1 e nella parte in cui, invece, le stesse sono state ammesse al prosieguo della gara con l’attribuzione del punteggio tecnico e del punteggio economico; (IV) della Relazione Tecnica del 20 aprile 2011 e del verbale della seduta pubblica del 25 maggio 2011, in parte qua;

- ove necessario, e secondo l’interesse prospettato, (I) dell’art. 2,

primo comma, del Capitolato Speciale (“Requisiti Tecnici”), laddove, nel prevedere che “i radiofarmaci devono essere prodotti e forniti ai sensi della vigente normativa in materia; la Ditta dovrà inoltre specificare il regime autorizzativo”, potesse essere interpretato nel senso di consentire, per il sub-lotto n. 1, l’offerta di radiofarmaci privi di A.I.C.; (II) dell’art. 9 del Capitolato Speciale (“Aggiudicazione”), ove dispone che “la Commissione aggiudicatrice, potrà procedere a suo insindacabile giudizio all’esclusione dalla gara della Ditta la cui documentazione sia ritenuta incompleta o irregolare o comunque, non sanabile”; (III) dell’art. 9 del Capitolato Speciale (“Aggiudicazione” – Parte Tecnica – caratteristiche tecniche e funzionali”) nella parte in cui sono previsti macro criteri di valutazione e modalità di attribuzione del punteggio del tutto generici e indeterminati;

e per l’annullamento altresì (quanto ai motivi aggiunti)

- del verbale della seduta riservata della Commissione giudicatrice del 7 marzo 2011, nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dalla gara di Iason GMBH (aggiudicataria), ma è stata ritenuta sufficiente ad integrare la documentazione amministrativa la presentazione del certificato di iscrizione alla CCIAA Italiana di Bolzano;

- del verbale della seduta riservata della Commissione del 18 aprile 2011, deputata alla verifica della documentazione tecnica prodotta dalle concorrenti e alla predisposizione di una relazione tecnica esplicativa dei criteri valutativi, nella parte in cui, pur ravvisando la

“necessità di predisporre apposite richieste di integrazione della documentazione relativa ai requisiti tecnici” con riferimento a Iason GmbH (aggiudicataria) e AAA (quarta classificata), non ne ha disposto l’esclusione, ammettendo, invece, le stesse al prosieguo della gara e alla fase di attribuzione del punteggio tecnico; nonché nella parte in cui ha dato atto della necessità di procedere ad una “esplicazione” dei criteri valutativi fissati dall’art. 9 del Capitolato speciale;

- del verbale della seduta riservata della Commissione giudicatrice del 2 maggio 2011, nella parte in cui, verificata la documentazione richiesta con nota del 20 aprile 2011 a Iason GmbH, AAA, IBA e NSA, ha dato atto che “tutte le società sopra indicate hanno provveduto, nei termini, ad integrare la documentazione relativa ai requisiti tecnici” e, lungi dall’escluderle, ha proceduto ad assegnare i punteggi qualità ad ogni singola società;

- della nota della Commissione Giudicatrice del 20 aprile 2011 (non conosciuta, ma citata nel verbale della seduta riservata del 2 maggio 2011), nella parte in cui –presumibilmente in esito alla verifica della documentazione tecnica effettuata nel corso della seduta riservata del 18 aprile 2011 – ha richiesto un’ulteriore integrazione della documentazione relativa ai requisiti tecnici a Iason GmbH (aggiudicataria), Acom (seconda classificata), IBA (terza classificata) e AAA (quarta classificata);

- di tutti gli altri atti e provvedimenti presupposti, connessi e

conseguenziali, comunque lesivi della posizione giuridica di GE;  
nonché, come richiesto sia nel ricorso introduttivo che nei motivi aggiunti, per la declaratoria di inefficacia (ex art. 122 c.p.a.) del contratto stipulato tra IFO e la IASON in relazione al sub-lotto 1 il 13 settembre 2011;

e per il conseguimento (ex artt. 122 e 124 c.p.a.) dell'aggiudicazione e del contratto, con espressa dichiarazione di disponibilità di GE al subentro nello stesso;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di IFO – Istituti Fisioterapici Ospitalieri di Roma, di Iason Italia Srl e Iason GmbH, di Acom - Advanced Center Oncology Macerata Spa;

Visto il ricorso incidentale proposto da Iason GmbH, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Manzi e Herald Jorg Gamper, come sopra elettivamente domiciliata, per l'annullamento degli atti della procedura di gara indetta da IFO con bando pubblicato sulla GUUE n. S197 del 9.10.2010 per la fornitura annuale di radiofarmaci per scintigrafia pet sub lotto n. 1 (18F fluoro-desossi-glucosio FDG), già gravati in via principale da GE Healthcare, limitatamente alla omessa doverosa esclusione dalla gara della medesima GE Healthcare srl;

Viste le memorie difensive delle parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2012 il Cons. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

I - Con il ricorso di cui in epigrafe, integrato da motivi aggiunti depositati il 28.10/10.11.2011, l'istante GE Healthcare s.r.l. ("GE"), impugna l'aggiudicazione definitiva in data 18.7.2011 della gara europea indetta da I.F.O. – Istituti Fisioterapici Ospitalieri di Roma con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 9 ottobre 2010, e relativi Disciplinare e Capitolato Speciale, per l'affidamento della fornitura annuale di radiofarmaci per scintigrafia PET di cui ad unico lotto ripartito in 4 sub-lotti dell'importo complessivo a base d'asta di euro 1.381.000,00 (IVA esclusa). Il ricorso riguarda specificamente lo svolgimento e l'esito della gara riferita al sub-lotto 1 (18F-fluoro-desossi- glucosio-FDG-soluzione iniettabile 7.500 e 11.500 MBQ) per un importo presunto di euro 721.000,00) cui ha partecipato anche la ricorrente classificandosi al quinto posto della graduatoria, dietro la controinteressata IASON GmbH (aggiudicataria), ACOM s.p.a., IBA sr.l., AAA s.r.l. (nell'ordine, seconda, terza e quarta classificate). Sono oggetto di contestazione, nei limiti dell'interesse della ricorrente e secondo quanto specificato in epigrafe, anche i verbali e le norme di gara (artt. 2 e 9 del Capitolato Speciale).

II – La ricorrente, propone, con il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti, le seguenti domande volte ad ottenere: in via principale, l'annullamento dell'aggiudicazione a Iason GmbH del sub-lotto 1 18F

(FDG) e, previa esclusione dalla gara di tutte le imprese classificate in posizione peggiore, l'aggiudicazione del sub-lotto stesso a GE, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con Iason dalla stazione appaltante, con conseguente subentro di GE; in via subordinata, la ripetizione delle operazioni di valutazione delle offerte delle concorrenti GE ed AAA (nell'ipotesi di rigetto del motivo di esclusione, sollevato nei motivi aggiunti, afferente a quest'ultima impresa e previa esclusione delle altre), con l'aggiudicazione, anche in questo caso, della gara a GE, la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con Iason e il subentro di GE stessa; in via ulteriormente subordinata (ed anche nell'ipotesi di accoglimento del ricorso incidentale proposto da Iason), l'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini della rinnovazione integrale della stessa.

III – L'Amministrazione, Acom spa e Iason GmbH sono costituite in giudizio e controdeducono ex adverso. La controinteressata Iason propone anche un ricorso incidentale (depositato il 1°.12.2011) con il quale assume, sotto più di un profilo, che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Premesso quanto sopra, il Collegio, pur non ignorando l'orientamento giurisprudenziale (CdS, Ad. Pl., n. 4/2011) relativo alla supremazia sequenziale del gravame incidentale, diretto a contestare, come nella specie, la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura

di gara, ritiene di poter esaminare prioritariamente, in quanto infondato, il ricorso principale, "per ragioni di economia processuale" (vedi al riguardo CdS, IV, n. 2402/2012 e Tar Umbria, I, n. 9/2012) ed anche tenuto conto del fatto che con specifica domanda l'istante chiede che si addivenga, anche in caso di fondatezza del ricorso incidentale, all'annullamento della gara ai fini della sua riedizione integrale.

IV – L'istante fa valere, in via prioritaria, il proprio interesse ad ottenere l'aggiudicazione sulla base della gara espletata, previa esclusione di tutte le altre imprese partecipanti.

La domanda è da disattendere sulla base delle ragioni che seguono.

Anzitutto, rileva il Collegio che sono infondati i rilievi specifici della ricorrente con i quali la stessa assume che anche IBA (terza classificata) doveva essere esclusa dalla gara perché il plico contenente la sua offerta era pervenuto non integro "sin dall'inizio" senza che la Commissione abbia dato la minima garanzia che la riscontrata manomissione non abbia inciso sulla segretezza dell'offerta di IBA stessa. La censura suddetta non è condivisibile. Se è innegabile, infatti, il principio generale per cui ai fini dell'ammissibilità dell'offerta -stante l'esigenza di assicurare la garanzia di "par condicio" e di segretezza delle offerte di tutti i concorrenti- occorre che il relativo plico giunga integro alla stazione appaltante con le necessarie sigillature operate dal concorrente in ossequio alle prescrizioni della lex specialis, è anche vero che non

qualsiasi lacerazione (anche se non comprometta la segretezza dell'offerta) comporta la misura espulsiva dell'offerta stessa dalla gara. Ciò non è consentito, invero, come riconosce pacificamente la giurisprudenza (cfr. CdS, V, n. 3179/2010), quando si tratti di una lacerazione che consenta di intravedere il contenuto al suo interno ma che non consenta di entrare materialmente in contatto e di manomettere le buste ivi contenute e che sono rimaste sigillate, apparendo conforme al principio di ragionevolezza, in casi del genere, ritenere la lacerazione non tale da compromettere il principio di segretezza delle offerte nelle gare di appalto e consentire dunque l'applicazione del criterio del favor participationis.

V - Ora, nella specie, come senza repliche specifiche afferma l'Amministrazione in sede difensiva, proprio questo si è verificato nel caso di cui trattasi, essendo pacifico che i plichi all'interno della busta IBA erano integri al momento dell'apertura in seduta pubblica. Sebbene poi il verbale della Commissione (riunione del 3.2.2011) sia piuttosto laconico sul punto, è comunque espressamente chiarito e dunque dimostrato che la lacerazione della busta era soltanto parziale. La busta stessa è stata comunque mostrata ai presenti (tra i quali i rappresentanti delle ditte concorrenti, ivi compreso quello di GE) e nessuno ha obiettato alcunché e tanto meno la violazione della segretezza dell'offerta. Correttamente, pertanto, la Commissione, dopo aver percepito la lacerazione, ha nondimeno ammesso l'offerta IBA alla gara, dovendosi ritenere dimostrato

(quanto meno presuntivamente sulla base del significativo contegno mantenuto dai rappresentati di tutte le ditte nel corso della seduta della Commissione) che si trattasse di lacerazione del tutto ininfluente ai fini della segretezza dell'offerta e quindi non valorizzabile per l'esclusione di IBA.

VI – Per altro aspetto, sempre ai fini dell'esclusione di IBA, viene contestata, dalla ricorrente, la decisione della Commissione di richiedere a tale impresa la documentazione tecnica mancante, ovvero la “dichiarazione attestante la disponibilità di codesta Società ad inviare via fax agli utilizzatori il certificato attestante l'idoneità di ogni lotto di radio farmaco (superamento del Controllo di Qualità) tassativamente entro l'ora di consegna stabilita”. Al riguardo, rileva il Collegio che il Capitolato Tecnico in proposito disponeva che la Ditta avrebbe dovuto “inviare via fax agli utilizzatori” il certificato suddetto. La clausola era dunque ragionevolmente da intendersi come prescrittiva di un obbligo da assolversi in sede di esecuzione della fornitura e non in sede di gara. Non era poi prevista (né poteva esserlo) alcuna sanzione di esclusione collegata alla dichiarazione suddetta, sicchè il comportamento al riguardo tenuto da IBA e dalla Commissione in sede di gara non sono in alcun modo censurabili.

VII – Con altro profilo di censura (che coinvolge anche altra partecipante, ovvero Acom spa), l'istante, sostiene, in buona sostanza, che Acom ha dichiarato in sede di gara la disponibilità di un sito di produzione in modalità back-up (ovvero per il caso di

mancata produzione dal sito primario) di proprietà IBA (e di altri due siti, sempre per il back up, di proprietà Acom srl e Sparkle s.r.l.) e quindi non di proprietà Acom spa, con sostanziale avvalimento di dette imprese ma disattendendo le relative modalità prescritte analiticamente dall'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006. Il che, ad avviso della ricorrente, dovrebbe comportare l'esclusione sia di Acom che di Iba (nel caso di quest'ultima in applicazione dell'art. 49 comma 2 del D.Lgs. suddetto che, nel prevedere la necessità di presentazione di una dichiarazione dell'impresa ausiliaria "con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34", vieta la partecipazione dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara in concorrenza tra di loro).

Orbene, rileva in proposito il Collegio che (a parte l'opinabile ricostruzione nella specie della dichiarazione delle modalità di back up presso un sito non di proprietà della concorrente alla stregua di un "avvalimento") la ricorrente non ha comunque interesse a dedurre il profilo di censura di cui trattasi, poichè essa stessa ha indicato, come proprio sito produttivo (addirittura primario), quello di altra società (NSA srl) e la circostanza (sotto il profilo del mancato formale avvalimento o della mancata riunione in ATI) è stata espressamente dedotta da IASON GmbH in sede di ricorso incidentale. Sicchè le censure all'esame, ove fondate, varrebbero allo stesso modo e prima di tutto anche per la stessa GE per cui, in presenza del ricorso incidentale, le censure stesse sono improcedibili

per sopravvenuto difetto di interesse (nemmeno residuando, per GE, quello alla reiterazione della procedura atteso che l'Ad. Pl. -n. 4/2011- ha escluso per il concorrente di cui venga accertata l'illegittimità della partecipazione alla gara la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva, anche solo ai fini della reiterazione della stessa e quindi nei limiti dell'interesse c.d. strumentale).

VIII – E' anche privo di fondamento l'ordine di censure relativo all'ammissione in gara di Acom spa. In proposito (ed in aggiunta a quanto sopra già rilevato) ritiene il Collegio che la generica indicazione contenuta nel Capitolato Speciale (sulla necessità di specificare “il regime autorizzativo”) non precludesse (non potendosi al riguardo nemmeno attribuire rilievo vincolante ai pareri AIFA) la partecipazione alla gara senza possesso di AIC per i medicinali offerti e con il sistema alternativo di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 219/2006. Dispone invero quest'ultima norma, al comma 1, che “Le disposizioni del titolo III” (relative all'autorizzazione all'immissione in commercio “non si applicano ai medicinali preparati industrialmente su richiesta, scritta e non sollecitata, del medico, a ciò ritenuto idoneo dalle norme in vigore, il quale si impegna ad utilizzare i suddetti medicinali su un determinato paziente proprio o della struttura in cui opera, sotto la sua diretta e personale responsabilità; a tale ipotesi si applicano, ai fini della prescrizione, le disposizioni previste per le preparazioni magistrali dall'articolo 5 del

decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 aprile 1998, n. 94”.

La possibilità di applicazione, per la fornitura in questione, di tale modalità, non era dunque preclusa (vedi, del resto, per un caso di applicazione, in una gara d'appalto, della fattispecie normativa suddetta: CdS, VI, 3897/2009), anche in considerazione del fatto che il Capitolato speciale (in riferimento al quale non sono ravvisabili, in relazione all'ammissibilità dell'offerta ACOM in parte qua, illegittimità di sorta), pur richiedendo in linea di massima forniture giornaliere per quantitativi predeterminati, specificava comunque, con norma di chiusura, che “tali quantitativi sono puramente indicativi e potranno essere variati in più o in meno in base alle effettive esigenze degli utilizzatori” (con ogni possibilità quindi di eventuali adattamenti delle specifiche richieste da formularsi ex art. 5 sopra citato).

Sempre in riferimento ad ACOM, rileva il Collegio che debba essere disatteso anche il rilievo relativo alla presentazione, in gara, da parte di detta impresa, di una scheda tecnica di un prodotto con validità farmaceutica (tenuto conto dei tempi di trasporto) insufficiente (ovvero inferiore a sei ore dalla consegna), dovendosi al riguardo accedere invece al rilievo difensivo di ACOM stessa circa la prospettazione di un mero errore materiale contenuto in detta scheda (evidentemente riconoscibile dalla Commissione di gara) in relazione ad una validità farmaceutica del radiofarmaco 18F-FDG

sicuramente non inferiore alle 10 ore (come risultante dalla dichiarazione in atti della Qualified Person -figura anche normativamente prevista: vedi comma 7 dell'art. 50 del D.Lgs. n. 219/2006- di Acom spa, resa in riferimento anche a prove di stabilità e certificazioni ufficiali).

Infine appare generico e indimostrato l'assunto di mancata presentazione, da parte di Acom, del deposito cauzionale provvisorio, dato che in sede di riscontro della documentazione amministrativa in seduta pubblica nessun rilievo o contestazione sono stati in proposito effettuati dalla Commissione o dai rappresentanti delle imprese, mentre Acom ha prodotto in giudizio copia della polizza per cauzione fideiussoria (richiesta dalla lettera H del disciplinare di gara).

IX – Sulla base di quanto sopra (e potendosi prescindere, in virtù della c. d. “prova di resistenza”, dai profili di esclusione mossi contro le altre imprese ), rileva il Collegio che è da respingersi la richiesta GE di essere riconosciuta come unica ditta legittimamente partecipante alla gara di cui trattasi e quindi aggiudicataria della stessa.

Può a questo punto passarsi alle altre censure di illegittimità procedimentale (dedotte, nel ricorso e nei motivi aggiunti, anche in riferimento ai verbali di gara e alle operazioni della Commissione) che non possono condividersi, alla stregua delle seguenti considerazioni:

- a) anzitutto, i verbali delle sedute riservate della Commissione sono stati di fatto redatti;
- b) la verbalizzazione, sebbene sintetica, appare sufficientemente perspicua alla stregua di una lettura coordinata e complessiva dei verbali delle varie sedute della Commissione;
- c) le buste con i documenti, le offerte tecniche e quelle economiche sono state aperte in seduta pubblica e non vi era alcuna necessità nella specie di procedere in ulteriore seduta pubblica al riscontro della documentazione integrativa richiesta, ex artt. 46 e 48 del D.Lgs. n. 163/2006, dal momento che i documenti da acquisire erano già stati tutti indicati dalla Commissione, che non risulta che essi dovevano pervenire in busta sigillata e che comunque degli adempimenti effettuati in seduta riservata si è dato poi atto nelle sedute pubbliche;
- d) quanto agli atti e documenti integrativi richiesti, si è trattato, anzitutto, del certificato di iscrizione di Iason alla Camera di Commercio italiana (comunque ininfluyente avendo già sufficientemente prodotto detta impresa, avente sede in Austria, quello austriaco) non risultando quindi in alcun modo censurabile al riguardo l'operato della Commissione di gara. La documentazione tecnica che la Commissione ha poi richiesto in sede integrativa non era affatto prevista dalla lex specialis a pena di esclusione, essendosi trattato della dichiarazione (richiesta a Iason ed IBA) di disponibilità di inviare via fax agli utilizzatori, entro l'ora di consegna stabilita, il

certificato di superamento del controllo di qualità (elemento sulla valenza del quale si è già detto, in generale, sub VI, cui si rinvia), e della indicazione delle strutture pubbliche e private a cui l'azienda radio farmaceutica fornisce i radio farmaci (indicazione anche questa prescritta dall'art. 2 del Capitolato ma non a pena di esclusione, come è anche ovvio se si considera che trattasi di elemento, che al limite sarebbe potuto anche mancare, componente dell'offerta tecnica e del profilo dell'azienda concorrente ma non di requisito previsto dal bando o dal disciplinare come indispensabile o necessario per la partecipazione alla gara);

e) circa l'indicazione, nel verbale del 7 marzo 2011, di avvenimenti successivi a tale data (richiesta alla Iason in data 16 marzo di integrare la certificazione di iscrizione alla CCIAA italiana con adempimento effettuato il 19 marzo 2011), si tratta di mera irregolarità formale e comunque di elemento al limite riguardante la sola posizione di IASON e non la gara nella sua interezza;

f) irrilevante appare poi ai fini pretesi la firma della documentazione tecnica avvenuta da parte dei componenti della Commissione una volta chiusa la seduta pubblica del 13.4.2011, essendo ciò avvenuto con il consenso dei presenti e dovendosi considerare che l'apertura delle buste con le offerte tecniche è comunque avvenuta in seduta pubblica ove è da presumersi che siano stati comunque consentiti l'ostensione, il riscontro e il controllo delle documentate offerte delle imprese;

g) la redazione della relazione tecnica del 20 aprile 2011, con le motivazioni dei punteggi tecnici, è da presumersi sia avvenuta collegialmente e comunque essa è stata sicuramente recepita in sede collegiale, giusti i verbali della Commissione del 2 e 25 maggio 2011; non vi è stata quindi al riguardo alcuna irregolarità procedimentale o valutativa, tenuto conto che alla data da ultimo sopra indicata ogni integrazione di documentazione tecnica era pervenuta, in riferimento, oltretutto, ad elementi pressochè irrilevanti ai fini della valutazione effettuata sulla base dei relativi criteri prestabiliti;

h) circa le modalità di conservazione dei plichi con le offerte e le relative cautele (che la ricorrente contesta non essere state specificate in verbale dalla Commissione di gara), il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale stesso e della complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione (CdS, VI 24.11.2010, n. 8224), dovendosi pertanto disattendere il profilo di doglianza esposto.

X –In ordine alle asserite genericità dei criteri di valutazione delle offerte tecniche ed indebita integrazione postuma di tali criteri effettuata dalla Commissione, si tratta di argomenti che il Collegio

non condivide, dal momento che, anzitutto, i parametri stabiliti dal Capitolato per la valutazione delle offerte tecniche (con 55 punti su 100) erano stati sufficientemente (e discrezionalmente) articolati, prevedendosi, in essi, l'assegnazione di punti 20 per l'"entità delle pretarature", 15 per le "modalità di back-up", 10 per le "caratteristiche radiofarmaceutiche dei prodotti", 5 per la "flessibilità negli ordini e nelle consegne" ed ancora 5 per l'"orientamento alla ricerca e sviluppo con disponibilità a listino di più farmaci". Inoltre, la Commissione, nella relazione del 20 aprile 2011 (e successivi atti di recepimento della stessa), non ha affatto previsto nuovi criteri integrativi rispetto a quelli prestabiliti dal Capitolato, ma semplicemente ha motivato l'attribuzione dei punteggi in relazione ai criteri stessi. In ciò non può dunque ravvisarsi alcuna illegittimità, posto che, anche dopo l'intervenuta abrogazione parziale del comma 4 dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, è stato affermato, da un diffuso orientamento giurisprudenziale, come legittimo l'operato della Commissione giudicatrice sia nel caso in cui, prima dell'apertura delle buste, essa specifichi addirittura in sub-criteri i punteggi da assegnare con i criteri principali prefissati dal bando (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 810; Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2010, n. 3806; Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2010, n. 3052), sia nel caso in cui, per rendere più trasparente il proprio apprezzamento, a garanzia della par condicio dei concorrenti, fornisca comunque un'argomentata motivazione (com'è appunto accaduto nella specie)

circa i giudizi formulati (vedi CdS, VI, n. 5157/2011 e V, n. 810/2010).

Alla stregua dei criteri e della relativa applicazione da parte della Commissione, i parametri del giudizio valutativo nella specie assunti nella gara de qua, non sono dunque affetti dalle illegittimità come sopra denunciate dalla ricorrente.

XI – Quanto alla contestazione dei punteggi in concreto assegnati dalla Commissione di gara per i singoli parametri valutativi, si rileva quanto segue:

1) – il punteggio relativo alle “pretarature” (qualità che consente al radio-farmaco di giungere nella struttura sanitaria già calibrato e quindi pronto per l’uso corretto in relazione al suo decadimento naturale) è stato discrezionalmente e non irrazionalmente attribuito dalla Commissione di gara premiando le aziende che hanno offerto un periodo di tempo maggiore per la pretaratura. La ricorrente ha ottenuto 5 punti su 20, avendo offerto la pretaratura minima di 30 minuti prevista dalla lex specialis e quindi, non avendo offerto alcuna “extra pre-taratura”, non poteva pretendere un punteggio maggiore di quello assegnatole, nemmeno rivendicando una proporzione con le extratarature offerte da altre imprese (trattandosi, in riferimento a ciò, semmai delle modalità di distribuzione dei maggiori punteggi per tali imprese ma non certamente per la ricorrente);

2) – per le “modalità di back-up” (max 15 punti) correttamente la Commissione (sebbene sinteticamente) ha motivato i punteggi

assegnati alle singole imprese, attribuendo, ad esempio, a IASON il punteggio più elevato (10) per la migliore combinazione “fra numero di siti di back up con AIC e modalità di consegna” (tramite flotta aerea privata dai siti di Linz e Klagenfurt) e alla ricorrente il punteggio di 2 perché “indica per un sito (Pisa) i km ed i tempi di percorrenza” (335 km percorribili in 3 h, 30 minuti), “mentre per l’altro (Ispra – Varese) non specifica modalità e tempi”. La motivazione e il punteggio sono frutto di un apprezzamento discrezionale che non appare affetto da illogicità manifesta o difetto di istruttoria. Sono quindi non conferenti ed apodittiche le doglianze dell’istante (volte peraltro ad introdurre un confronto prioritario con la ditta “AAA”) con le quali assume che si tratterebbe, nel suo caso, dell’unica offerta attendibile. L’assunto è generico (poiché il punteggio attribuito premia le offerte migliori e non quelle che semplicemente garantiscono il rispetto dei requisiti previsti dal Capitolato) La Commissione, invero, ha non irrazionalmente premiato la migliore combinazione fra numero di siti di back-up e modalità di consegna (fornendo motivazioni perspicue per ciascuna delle ditte in gara). Quanto alla contestazione dei tempi di consegna di Iason tramite flotta aerea, è da ritenersi che la Commissione abbia giudicato nella sostanza congrui e complessivi quelli indicati da Iason stessa. E comunque la censura riguarda solo detta impresa, non coinvolgendo (se non genericamente) i punteggi attribuiti alle altre imprese in relazione al parametro di cui trattasi. In proposito, per il

vero, l'istante contesta anche il punteggio attribuito ad Acom (5), sul rilievo che il sito back-up di Roma sarebbe di proprietà IBA, ma sull'inconferenza di una censura del genere e sul difetto di interesse di GE a dedurla si è già detto sufficientemente in precedenza.

Da ultimo, in riferimento a tale criterio (ma trattasi di argomento valido anche per gli altri), la specificazione di esso nel capitolato, con il relativo punteggio massimo previsto, e la motivazione applicativa della Commissione, costituiscono, complessivamente, elementi sufficientemente esplicativi ed adeguatamente preordinati alla correttezza delle valutazioni in concreto effettuate per i concorrenti alla gara di cui trattasi;

3) – per il criterio n. 3 –“caratteristiche radiofarmaceutiche dei prodotti” (max punti 10), l'istante ha ottenuto punti 9 (punteggio che risulta quello più elevato, attribuito, oltre che alla ricorrente, ad altre tre ditte in gara per il sub-lotto di cui trattasi), sicchè la ricorrente stessa non ha interesse a contestare l'applicazione di tale criterio da parte della Commissione (la quale, anziché valutare le differenti qualità intrinseche dei farmaci offerti, avrebbe, assume l'opponente, riferito il criterio e i relativi punteggi, al regime amministrativo dei farmaci stessi).

D'altra parte, GE afferma del tutto genericamente di aver offerto un farmaco che presenta, dal punto di vista radiofarmaceutico, “le migliori caratteristiche”, senza operare specifici confronti con le analoghe caratteristiche dei farmaci proposti dalle altre aziende, per

cui la censura non può comunque essere assecondata;

4) – quanto al criterio “flessibilità negli ordini e nelle consegne” (max punti 5), nel quale la ricorrente ha avuto il punteggio più elevato attribuito (4), uguale a quello delle altre imprese, non è sicuramente fondata la censura, ancora riproposta, di genericità del criterio (e ciò, in questo caso, non solo per l’ausilio esplicativo della motivazione della Commissione, ma anche per l’entità quantitativamente ridotta del punteggio massimo attribuibile in riferimento al criterio stesso);

5) – anche per l’ultimo criterio –“orientamento alla ricerca e sviluppo con disponibilità a listino di più radiofarmaci” (max 5 punti), le censure dell’istante da un lato non colgono nel segno (non sembrando al Collegio che il criterio stesso sia contrastante con la ratio normativa del sistema di aggiudicazione all’offerta economicamente più vantaggiosa, dal momento che, anzitutto, il criterio in questione è stato posto ex ante senza previa conoscenza delle ditte in gara ed avuto riguardo altresì ai plausibili argomenti difensivi dell’Amministrazione circa l’attinenza del parametro con l’oggetto della fornitura ed il fatto che gli I.F.O. sono un I.R.C.C.S. “di forte avanguardia sperimentale nel campo oncologico” per cui “la fornitura deve potersi inserire in un contesto di ricerca e sviluppo integrato”, sicchè essa viene dunque apprezzata non solo ai fini terapeutici ma anche “per la sua possibilità di essere coordinata con altre applicazioni” sperimentali e di ricerca. La motivazione comunque resa dalla Commissione (che ha assegnato punti 1 alla

ricorrente perché non presenta “documentazione da cui risulti l’effettiva disponibilità commerciale di radiofarmaci innovativi comunque di interesse oncologico”) appare non manifestamente illogica ed essa è solo genericamente censurata dall’istante , così come non appare intrinsecamente contraddittoria la motivazione resa per IASON ed ACOM (ben potendo la Commissione valorizzare, nell’ambito del parametro suddetto, aspetti specifici in esso contemplati come, ad esempio, la particolare attenzione alla ricerca e allo sviluppo). Per il resto, può farsi riferimento, in relazione a tale parametro, alla “prova di resistenza” (che nel caso di specie ha un rilievo anche più generale, se si considera che la ricorrente ha ottenuto, all’esito della gara, il punteggio complessivo di 49,59 (a fronte dei punteggi, anche facendo soltanto riferimento ad ACOM ed IBA, di 76 e 57,56 e non considerando quello di 84,18 assegnato a IASON), per cui anche i 5 punti in più (per la ricorrente) o in meno (per le altre imprese) in ipotesi rivenienti da una diversa applicazione del parametro stesso, non avrebbero alcuna influenza sulla graduatoria e sulla gara nel suo complesso.

XII – Da ultimo, è appena il caso di evidenziare che non hanno alcun rilievo, in questa sede, le contestazioni mosse dalla ricorrente avverso il contratto stipulato dalla stazione appaltante con l’impresa aggiudicataria (in relazione ad asserite irregolarità di firma o di altro genere) e ciò perché, in difetto di annullamento dell’aggiudicazione (cfr. artt. 121, 122 e 133 c.g.a.), non possono essere assunte decisioni

comunque caducatorie del contratto (che spettano al giudice ordinario) da parte del giudice amministrativo nelle controversie ad esso devolute in tema di gare e pubblici appalti.

XIII – Conclusivamente, il proposto ricorso e i relativi motivi aggiunti (potendosi prescindere dai profili di irricevibilità o inammissibilità ad essi riferiti dalle controparti) sono privi di fondamento ( in tale contesto risultando in particolare privi di interesse, per la “prova di resistenza” come sopra valorizzata, i motivi di esclusione, non esaminati, riferiti alle posizioni dell’aggiudicataria e di altra impresa graduata all’esito della gara in posizione peggiore rispetto alla ricorrente).

Il ricorso stesso, e i motivi aggiunti, alla stregua di quanto sopra, vanno quindi respinti (e dichiarati in parte inammissibili in riferimento alla contestazione del contratto), mentre il ricorso incidentale è conseguentemente improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse.

Le spese, in relazione alla particolare articolazione complessiva della causa, possono essere compensate tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge, mentre dichiara inammissibili, per difetto di giurisdizione, le censure mosse avverso il contratto.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale, per sopravvenuto difetto di interesse.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/07/2012

IL SEGRETARIO

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