



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10186 del 2011, proposto da:
Roche Diagnostics S.p.A. - Societa' unipersonale, rappresentata e difesa dagli avv.
Maria Alessandra Bazzani, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea
Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, rappresentata e
difesa dall'avv. Michele Castellano, con domicilio eletto presso Arnaldo Del
Vecchio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 73;

nei confronti di

Novartis Vaccines And Diagnostics Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio
Todarello, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Paolo Vaiano in Roma,
corso Rinascimento, 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01249/2011, resa
tra le parti, concernente Affidamento fornitura di antisieri liquidi e indagini di
biologia molecolare - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria
Conсорziale Policlinico di Bari e di Novartis Vaccines And Diagnostics Srl;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2012 il Cons. Lydia Ada
Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Izzo su delega di Castellano e
Resta su delega di Vaiano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando , spedito alla GUCE il 5 marzo 2010, l'azienda Ospedaliero-
Universitaria Policlinico di Bari indiceva una gara, suddivisa in tre lotti, per
l'aggiudicazione della fornitura per cinque anni di materiali immunodiagnostici ,
con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da destinare alla U. O.
di Medicina trasfusionale ; in particolare il lotto n. 3 prevedeva la fornitura di un
sistema analitico completo per indagini di biologia molecolare con metodologia
NAT (per la rilevazione simultanea nel sangue degli acidi nucleici dei virus
dell'epatite C e B e di quello dell'immunodeficienza di tipo 1, HIV) e cioè la
fornitura di materiali immunodiagnostici con noleggio della relativa
strumentazione (vedi Capitolato speciale pag .1) .

Presentavano domanda per il lotto 3 la Roche Diagnostics s p a e la Novartis
Vaccines and Diagnostics s r l ; con delibera 19 ottobre 2010 n. 1135 il direttore
Generale de Policlinico di Bari aggiudicava il lotto 3 alla Novartis che, a parità di
punteggio tecnico (32/35) con la Roche Diagnostics s p a , aveva presentato

l'offerta economica più vantaggiosa (pari ad euro 840.000,00 per anni 5) e di poi in data 9 febbraio 2011 sottoscriveva con l'aggiudicataria il relativo contratto .

Avverso l'aggiudicazione e gli atti di gara la Roche D. s p a ha proposto ricorso innanzi al TAR Puglia, chiedendone, previa sospensione, l'annullamento, poiché l'offerta dell'aggiudicataria era incompleta e non conforme alle prescrizioni del capitolato (la strumentazione di “ back-up” non sarebbe stata nuova, trattandosi di linea operativa già presente nel laboratorio di Medicina), con la conseguente condanna del Policlinico al risarcimento del danno in forma specifica anche con subentro nel contratto .

Il TAR Puglia, Bari, rigettava l'istanza di sospensiva con ordinanza 13 gennaio 2011 (riformata in appello con ordinanza cautelare n . 1289/2011 ai fini della sollecita trattazione del merito) e poi con sentenza 30 agosto 2011, n. 1249, ha respinto il ricorso, condannando la ricorrente alle spese di lite, liquidate in euro 15.000,00 , di cui euro 8.000,00 dovute alla Stazione appaltante ed euro 7.000,00 dovute alla aggiudicataria .

1.1. Con appello notificato il 15 dicembre 2011 la Roche D. s p a ha chiesto la riforma della sentenza TAR , censurandola con quattro articolati motivi e chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione alla Novartis e la dichiarazione di inefficacia del contratto con il subentro nella fornitura in controversia ex tunc, oppure ex nunc, nonché il risarcimento del danno per equivalente, in via principale, con riguardo alla porzione di fornitura già eseguita ed in via subordinata con riguardo all'intera fornitura , ove fosse respinta la richiesta di subentro nel contratto; infine l'appellante ha chiesto in via istruttoria il deposito della documentazione di gara nonché, ove necessaria, la disposizione di apposita verifica o consulenza d'ufficio

Si sono costituite l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico e l'aggiudicataria, ciascuna delle quali con puntuali controdeduzioni ha chiesto il rigetto in toto dell'appello.

Con memoria, depositata nell'imminenza della trattazione della causa nel merito, l'appellante ha replicato alle argomentazioni delle controparti, insistendo per la riforma della sentenza TAR ed, in particolare, per il subentro nella fornitura con effetto ex tunc, previa dichiarazione di inefficacia del contratto con effetto ex tunc oppure, in subordine, con effetto immediato.

Alla pubblica udienza del 10 febbraio 2012, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2. La controversia concerne la impugnazione della sentenza TAR Puglia meglio indicata in epigrafe che ha respinto il ricorso proposto dalla odierna appellante avverso l'aggiudicazione a favore di Novartis Vaccines & Diagnostic s r l della gara per (lotto 3) la fornitura di un sistema analitico automatico completo di kit e dispositivi necessari per indagini di biologia molecolare con metodologia NAT con noleggio di strumenti da destinare alla U. O. Medicina Trasfusionale.

L'appello della Roche Diagnostics s p a va accolto.

In particolare appaiono fondati i motivi secondo e terzo, che deducono l'illegittimità dell'offerta della aggiudicataria per incompletezza (terzo motivo) e difformità (secondo motivo), ritenendo la fornitura di un proprio sistema " back up" già presente nel laboratorio in contrasto con le prescrizioni della lex specialis di gara che per gli strumenti richiedevano alle imprese di porre nell'offerta economica l'indicazione " strumento nuovo".

Quanto alla circostanza che la strumentazione back up offerta da Novartis non era "nuova", il TAR afferma che il fatto è irrilevante, poiché tale strumentazione non costituisce l'oggetto principale della fornitura ed "in ogni nessuna clausola della lex

specialis di gara impone a pena di esclusione la fornitura di un sistema di back up dotato del requisito della novità” (sentenza TAR) .

Tale conclusione non è condivisibile.

In primo luogo va precisato che nella Relazione tecnica presentata per il lotto in questione la Novartis ha espressamente dichiarato che il sistema back up offerto “consiste nella linea operativa già presente nel laboratorio”, circostanza pratica connessa al fatto che l’impresa aveva effettuato anche un precedente fornitura all’Unità Medicina trasfusionale, quindi si tratta di uno strumento “ usato”.

Invece il disciplinare di gara per il lotto 3 richiede, nell’offerta economica , che l’impresa, per la strumentazione, non solo specifichi il codice apparecchiatura, produttore e marchio CE, ma indichi anche “ specificatamente” che offre “strumento nuovo”; analoga prescrizione è contenuta nel capitolato speciale, che nello schema predisposto per formulare l’offerta economica (pag . 3), nella voce “ descrizione dell’attrezzatura” rinnova l’obbligo di dichiarare “espressamente” che lo strumento offerto è “ nuovo”; né tale requisito risulta limitato allo strumento principale e non richiesto, comunque, per quello “back up” .

Alla luce di tali disposizioni, quindi, il Collegio ritiene che la fornitura di strumenti nuovi costituisca specifico requisito dell’offerta anche se la prescrizione è inserita tra le modalità di formulazione dell’offerta economica, e non di quella tecnica; peraltro, va aggiunto, tale circostanza ha anche una sua logica, ove si consideri la sensibile differenza di costo che intercorre tra le strumentazioni nuove e quelle usate e, quindi, la necessità di assicurare il confronto reale, a parità di condizioni, tra le offerte economiche e di evitare la violazione delle regole della concorrenza a favore della Novartis, che, come precedente fornitore, godrebbe di un ingiusto vantaggio nel riutilizzare a costo zero la strumentazione in questione.

2. 1. D’altra parte, poiché lo strumento di “ back up” è valutato punti 6 (dei 35 per parametri qualitativi) e viene richiesto per garantire la continuità dell’attività in caso

di blocco del sistema principale, è ragionevole che debba corrispondere allo specifico requisito “strumento nuovo” prescritto espressamente per la fornitura di strumentazione.

In conseguenza risultano non rilevanti le osservazioni del TAR, che, nonostante la prospettata riutilizzazione di strumentazione “back up” già in loco a seguito di precedente fornitura, ha ritenuto l’offerta Novartis conforme alla legge di gara, affermando , per un verso, che non si trattava dell’oggetto principale della gara, mentre, per l’altro, che il requisito non era, comunque, presidiato da clausola di esclusione .

L’offerta dell’aggiudicataria, quindi, doveva essere esclusa dalla gara per la illustrata difformità dalle prescrizioni della *lex specialis*.

2. 2. Appare, comunque, fondato anche il terzo motivo d’appello: l’appellante censura la sentenza TAR nel capo in cui ha ritenuto completa l’offerta dell’aggiudicataria anche se nell’offerta economica non ha inserito 4 prodotti indicati nell’offerta tecnica; ad avviso del TAR i 4 prodotti in questione “sono in realtà inglobati e raggruppati unitariamente in macrovoci, essendo la proposta della Novartis omnicomprensiva”.

La statuizione del TAR non è condivisibile.

Come ha osservato l’appellante, in realtà tale preteso raggruppamento di prodotti non risulta nella offerta tecnica nel prospetto dedicato al prodotto “K 1002” (Procleix Ultrio Assay, doc. 9 TAR, Roche) : infatti il prospetto indica sia i materiali forniti insieme a tale prodotto, privi di distinto codice, sia quattro materiali necessari, ma distinti da diversi codici identificativi, quali “punte conduttive”, “combitips “ di due misure e “vaschette per reagenti”, mentre nell’offerta economica tali prodotti non sono menzionati né in via autonoma né raggruppati nel prodotto codice “K 1002”, che, invece, ingloba sotto il proprio codice soltanto diverso materiale da consumo.

Tali conclusioni sono confortate anche dall'esame della scheda tecnica del "Procleix System" (pag 6) esibita innanzi al TAR dalla ricorrente Roche (doc . 11) Pertanto l'offerta aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per il lotto 3 in quanto incompleta e difforme dalle prescrizioni stabilite dalla lex specialis.

Alla luce delle esposte considerazioni, quindi, assorbito per economia di mezzi l'esame degli altri motivi e profili di appello, in riforma della sentenza TAR, l'aggiudicazione a favore di Novartis va annullata.

2. 3. In conseguenza occorre esaminare la domanda di risarcimento del danno in forma specifica che comporta il subentro dell'appellante nell'esecuzione della fornitura in controversia, previa dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con Novartis in data 9 febbraio 2011.

La domanda va accolta, sussistendo i presupposti stabiliti dall'art. 122 c . p . a .

Infatti sussiste il convergente interesse sia della Stazione appaltante, con riguardo al rispetto dei requisiti della lex specialis, sia dell'appellante al subentro nella fornitura ; la Roche appellante è seconda classificata nella gara per il lotto 3 (con un'offerta economica di euro 882.624,00 per i cinque anni contro quella di euro 840.000,00 della Novartis) ed ha presentato un'offerta tecnica ritenuta dalla commissione idonea (conseguendo punti 32/35, come Novartis) ; lo stato di esecuzione del contratto di durata quinquennale sottoscritto in data 9 febbraio 2011, trattandosi di noleggio attrezzature e fornitura materiali, consente agevolmente il subentro da parte della Roche, che anche in udienza ha confermata la disponibilità a subentrare senza indugio come già chiesto nell'appello e negli atti difensivi.

Pertanto il contratto stipulato tra la Stazione appaltante e la Novartis Vaccines & Diagnostic s r l va dichiarato inefficace ex tunc con il conseguente e corrispondente subentro dell'appellante nella fornitura in questione per la durata di anni cinque, stabilendo il dies a quo per l'effettivo subentro e sgombero da parte

del fornitore uscente a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della presente sentenza in considerazione delle incomprimibili minime esigenze organizzative.

2. 4. Va, invece, respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente avanzata dall'appellante con riguardo alla parte di fornitura già svolta da Novartis, considerato che il subentro nella fornitura è stato fissato a favore dell'appellante per l'intera durata dell'appalto .

3. Riepilogando, quindi, l'appello va accolto nei sensi esposti e per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, l'aggiudicazione a favore di Novartis Vaccines & Diagnostic s r l del lotto 3 della gara in controversia va annullata; va, inoltre, accolta la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, dichiarando inefficace il connesso contratto stipulato tra la Stazione appaltante e la detta impresa e disponendo il corrispondente subentro dell'appellante nella fornitura con le modalità sopraindicate; invece va respinta la domanda di risarcimento per equivalente formulata dall'appellante con riguardo al periodo di fornitura già effettuato nelle more della conclusione dei giudizi.

Le spese di lite per entrambi i gradi di giudizio seguono la prevalente soccombenza e pertanto, visto il relativo capo della sentenza appellata, sono liquidate in complessivi euro 22.000,00 oltre gli accessori di legge, e vengono poste per euro 12.000,00 a carico della Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico di Bari e per euro 10.000,00 a carico dell'appellata con obbligo solidale verso l'appellante creditore .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello, come in epigrafe proposto, e per l'effetto annulla l'aggiudicazione del lotto 3 della fornitura meglio indicata in motivazione alla Novartis Vaccines & Diagnostic s r l

e, accogliendo la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, dichiara inefficace il contratto connesso, disponendo il corrispondente subentro dell'appellante nella fornitura con le modalità indicate in motivazione

Pone le spese di entrambi i gradi di giudizio, liquidate in complessivi euro 22.000,00 oltre gli accessori di legge, a carico della Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico di Bari per euro 12.000,00 e per euro 10.000,00 a carico di Novartis Vaccines & Diagnostic s r l , con obbligo solidale verso l'appellante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2012

IL SEGRETARIO

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