



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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 318 del 2011, proposto da:
Dasit Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Tassone, Giuseppe Sbisà,
Carlo Maria Muscolo, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Sbisà in Trieste,
via Donota 3;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia - Dipartimento
Servizi Condivisi, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio
eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota 3;

nei confronti di

Instrumentation Laboratory Spa (da ora per brevità IL spa), rappresentata e difesa
dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Tudor Avv.
in Trieste, Galleria Protti 1;

per l'annullamento

della Determinazione Dirigenziale n. 696 dd. 23 maggio 2011, comunicata alla
ricorrente Dasit spa in data 24 maggio, con la quale il Direttore del Dipartimento

Servizi Condivisi ha aggiudicato alla controinteressata I.L spa. la procedura aperta per l'affidamento della fornitura in "Full Service" di sistemi per l'esecuzione di test diagnostici in ematologia;

di qualsiasi atto e provvedimento annesso, connesso, coordinato, a quello impugnato, ivi compresi il bando di gara e la lettera di invito, il capitolato speciale d'appalto con relativi allegati e il capitolato tecnico;

dei verbali della Commissione di gara e della Commissione tecnica relativamente alla valutazione della documentazione tecnica ed all'assegnazione dei punteggi tecnici e il verbale di apertura delle offerte economiche con il quale è stato assegnato il punteggio definitivo all'offerta della società aggiudicataria;

di tutti i provvedimenti di ammissione della società aggiudicataria alle successive fasi della procedura concorsuale, con conseguente annullamento e/o declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato;

per il risarcimento del danno in forma specifica ed in subordine per equivalente economico, derivante alla società ricorrente dall'illegittimità degli atti impugnati, che si indica nella misura del 10 per cento dell'offerta o in altra misura ritenuta equa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia - Dipartimento Servizi Condivisi e di Instrumentation Laboratory Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2012 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, di cui in epigrafe, deducendo:

1) Violazione ed errata applicazione degli artt. 83 e segg. del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 3 della L. n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di motivazione e sviamento.

Illegittimamente la stazione appaltante avrebbe omesso di assegnare un punteggio numerico ai sottocriteri di valutazione dell'offerta tecnica, non predisponendo già nel bando di gara una loro ponderazione numerica, con ciò impedendo di ricostruire l'iter motivazionale seguito dalla Commissione giudicatrice, con ciò non consentendo ai concorrenti di articolare le loro offerte in armonia con la *lex specialis* e di apprezzare la rilevanza in termini di punteggio di ciascun criterio di valutazione e lasciando arbitra la Commissione stessa di determinarsi, in contrasto con la giurisprudenza nazionale e comunitaria, che ritiene necessario tale *modus procedendi* nelle gare col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2) Violazione ed errata applicazione del capitolato di gara per difetto dei requisiti tecnici dell'offerta aggiudicataria ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, nonché travisamento dei fatti ed errore nei presupposti

L'offerta della società aggiudicataria sarebbe difforme da quanto richiesto dalla disciplina di gara, in quanto avrebbe violato il capitolato, offrendo un sistema che prevede uno strisciatore e coloratore, direttamente collegato all'analizzatore ematologico offerto, che necessita di svolgere l'analisi emocromocitometrica per poter preparare un vetrino ematologico, onde avrebbe dovuto, per poter eseguire il numero di esami richiesto, processare almeno 35.700 emocromi e 35.700 vetrini, mentre ha offerto soltanto 35 confezioni di vetrini, per un totale di 35.000 esami, insufficiente rispetto a quanto richiesto.

Avrebbe inoltre dovuto offrire una fornitura di sangue di controllo per l'esecuzione di almeno 4 controlli di qualità giornalieri su tre livelli, secondo il capitolato, ed anche sotto questo profilo quanto offerto sarebbe inferiore a quanto necessario ed illegittimamente la stazione appaltante avrebbe giudicato meritevole di aggiudicazione una simile offerta.

Sarebbero inoltre immotivati i giudizi della stazione appaltante relativi alla maggiore o minore tossicità dei reattivi offerti, né corrisponderebbe al vero che non siano stati offerti dalla ricorrente test aggiuntivi, come risulterebbe dalla sua offerta stessa, né che non sarebbe stata offerta un'implementazione strumentale, addirittura migliore di quanto richiesto.

Sarebbe stato violato il capitolato là dove prevede una sensibilità minima per il conteggio dei liquidi biologici, che non potrebbe dirsi raggiunta dalla strumentazione offerta dall'aggiudicataria, mentre tale requisito sarebbe posseduto da quella offerta dalla ricorrente.

Anche sotto altri profili (p. es. conteggio dei WBC) solo la strumentazione offerta dalla ricorrente sarebbe in grado di effettuarla correttamente, a differenza di quella offerta dalla controinteressata.

La mancata esclusione dell'offerta della controinteressata, perciò, violerebbe palesemente la par condicio fra i concorrenti, in quanto, in conseguenza dell'accettazione, da parte della stazione appaltante, di un'offerta che non rispetterebbe appieno le esigenze del capitolato avrebbe consentito alla ricorrente di beneficiare di un notevole risparmio economico.

Si è costituita in giudizio la controinteressata IL spa che, dopo aver ricordato che i rilievi svolti in questa sede dalla ricorrente hanno formato oggetto di sue formali osservazioni in corso di gara in data 4.4 e 8.4.2011 che sono state esaminate dalla Commissione di gara e ritenute infondate dall'amministrazione che ha confermato l'aggiudicazione provvisoria a suo favore con provvedimento dd. 24.2011, ha

preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione di detta nota, che costituirebbe un provvedimento negativo lesivo degli interessi della ricorrente, e non è stato, come avrebbe dovuto, impugnato.

Ha quindi controdedotto nel merito ai motivi di gravame, che ritiene infondati.

Si è altresì costituita l'amministrazione intimata, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso, nella parte in cui (secondo motivo) contesta il punteggio attribuito per il primo e terzo sub criterio per difetto di interesse, in quanto anche se anche fosse stato, nella parte contestata, attribuito alla società ricorrente il massimo dei punteggi non avrebbe potuto superare il punteggio attribuito alla controinteressata.

Nel merito ha analiticamente controdedotto a ciascun motivo di gravame, ritenendoli tutti infondati.

Ha replicato con memoria la società ricorrente.

DIRITTO

Il ricorso è inammissibile.

Invero l'art. 243 bis del D. Lgs. n. 163/2006 stabilisce, al primo comma, che i soggetti che intendono gravarsi contro provvedimenti in materia di contratti pubblici debbono informare la stazione appaltante, e per essa il responsabile del procedimento, delle violazioni che si assumono commesse in corso di gara e dell'intenzione di proporre ricorso.

La stazione appaltante, come recita il quarto comma, entro quindici giorni da detta informativa, deve comunicare le proprie definitive determinazioni in ordine alle censure proposte dall'interessato e stabilire se intervenire o meno in autotutela.

Contro il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito – come stabilisce il sesto comma va proposta impugnazione solo unitamente all'atto cui si riferisce o, se questo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.

Nella presente fattispecie l'aggiudicazione provvisoria è intervenuta con il verbale n. 4 della Commissione giudicatrice dd. 4 aprile 2011 e, in data 8.4.2011 la società ricorrente ha fatto pervenire l'informativa dell'intenzione di proporre ricorso ai sensi del succitato art. 243 bis.

In data 19.4 la Commissione ha confermato le valutazioni già espresse e in data 22.4.2011, e quindi entro i termini di legge, il Dipartimento Servizi Condivisi ne ha informato la ricorrente.

In data 23.5.2011 è intervenuto il provvedimento dirigenziale n. 696 del 23.5.2011 di aggiudicazione definitiva.

Il ricorso in esame, pur con numerose ed articolate censure, che si rivolgono sia contro detto provvedimento terminale sia tutti gli atti presupposti, non investe in nessuna sua parte il diniego di autotutela a fronte delle osservazioni mosse e l'atto, ossia l'aggiudicazione provvisoria, cui detto diniego si riferisce, - a parte la considerazione che, se ciò anche facesse, la censura sarebbe tardiva e il ricorso irricevibile - ma espone soltanto motivi di merito circa le carenze della lex specialis e i difetti delle strumentazioni e dei materiali offerti dalla controinteressata.

Essendo quindi stata omessa l'impugnazione di un atto, di cui la legge prevede la lesività e l'obbligo di impugnazione, va dichiarata l'inammissibilità del ricorso.

Considerata la relativa novità della questione le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese di giudizio tra le parti;

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Oria Settesoldi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2012

IL SEGRETARIO

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