



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 83 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

P.A.C.O s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Guido Cappuccilli, Fabrizio Rulli, con domicilio eletto presso l'avv. Lorenza Marasca in Ancona, via Calatafimi, 2;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria - " Ospedali Riuniti Umberto I - G.M. Lancisi- G. Salesi" di Ancona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Galileo Omero Manzi, con domicilio presso la segreteria del T.A.R. Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

nei confronti di

Biocor Diagnostica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, Gada Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, Fresenius Kabi Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Tassone, Stefano Giustini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Ancona, via Marsala, 12;

Haemonetics Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Cristina Martorana, Salvatore Menditto, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Ancona, corso Stamira, 10;

per l'annullamento

del bando di gara per la fornitura in service di sistemi diagnostici e sistemi produttivi e terapeutici per il dipartimento interaziendale regionale di medicina trasfusionale,

del verbale di prima seduta pubblica del seggio di gara del 24 ottobre 2011;

del verbale del 20.12.2011 con il quale sono stati attribuiti i punteggi alle offerte tecniche per i lotti n. 6 e n. 7;

del verbale della seconda seduta pubblica del seggio di gara del 21.12.2011;

della nota datata 23.12.2011 con la quale alla società ricorrente veniva comunicata l'esclusione dalla procedura aperta per la fornitura di sistemi produttivi e terapeutici per il dipartimento interaziendale regionale di medicina trasfusionale per i lotti n. 6 e 7.

nonché, quanto ai motivi aggiunti,

per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 143 del 22.02.2012 e della relativa comunicazione alla ricorrente del 23.02.2012, con la quale è stato aggiudicato in via definitiva il lotto n. 6 all'ATI Biocor Diagnostica s.r.l. – Fresenius Kabi Italia s.r.l., nonché il lotto n. 7 alla ditta Haemonetics Italia s.r.l.; del verbale di verifica della anomalia dell'offerta; dei verbali del 27.10.2011, 11.11.2011, 21.11.2011, 01.12.2011, 16.12.2011 e della nota del

Presidente della Commissione giudicatrice del 20.12.2011 n. 160 DIRMT;

per la dichiarazione di inefficacia dei contratti;

e per il risarcimento del danno;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria - " Ospedali Riuniti Umberto I - G.M. Lancisi- G. Salesi" di Ancona, di Biocor Diagnostica s.r.l., di Gada Italia s.r.l., di Fresenius Kabi Italia s.r.l. e di Haemonetics Italia s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n° 478/2012 del 6 luglio 2012;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore il Primo Referendario Francesca Aprile nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2012 e uditi per le parti i difensori, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente, dopo aver premesso di aver partecipato alla gara per l'affidamento della fornitura in service, di durata quinquennale, di sistemi diagnostici e di sistemi produttivi e terapeutici per il dipartimento interaziendale regionale di medicina trasfusionale, indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto I – G.M. Lancisi – G. Salesi" con determinate n° 347/DG del 14 luglio 2011 e n° 433/DG del 9 settembre 2011, ha adito questo Tribunale Amministrativo per domandare l'annullamento delle suddette determinate, del bando di gara e del capitolato d'oneri nella parte in cui sono stati stabiliti i criteri di valutazione qualitativa e relativi punteggi e soglie di sbarramento per i lotti n° 6 – Fornitura in service di Sistemi per la produzione standardizzata di globuli rossi, buffy – coat e plasma con sacche multiple e filtri per la rimozione dei leucociti da unità di eritrociti e piastrine – e n° 7 - Fornitura in service di Sistemi per plasmateresi produttiva. E' stato, altresì, domandato l'annullamento del verbale di prima seduta del seggio di gara, del verbale del 20 dicembre 2011 della Commissione giudicatrice nominata ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. n° 163/2006, con determina n° 544 del 20 ottobre 2011, per l'esame delle offerte tecniche, con il quale sono stati attribuiti i punteggi alle offerte tecniche per i lotti n° 6 e n° 7, del verbale della seconda seduta pubblica del seggio di gara del 21 dicembre 2011, contenente la presa d'atto dell'attribuzione dei punteggi, l'esclusione della ditta P.A.C.O. s.r.l. dalla gara per i lotti n° 6 e n° 7, la valutazione delle offerte economiche delle ditte ammesse e l'aggiudicazione provvisoria del lotto n° 6 all'ATI Biocor Diagnostica s.r.l.- Fresenius Kabi Italia s.r.l. e del lotto n° 7 alla Haemonetics s.r.l., nonché della nota prot. n° 61782 del 23 dicembre 2011, con la quale alla ricorrente è stata comunicata l'esclusione dalla procedura aperta di cui si controverte, quanto ai lotti n° 6 e n° 7.

Con ricorso per motivi aggiunti, ritualmente notificato e depositato, la società ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale n° 143 del 22 febbraio 2012 e la relativa comunicazione alla medesima ricorrente del 23 febbraio 2012, con la quale è stato aggiudicato in via definitiva il lotto n° 6 all'ATI Biocor Diagnostica s.r.l.– Fresenius Kabi Italia s.r.l., nonché il lotto n° 7 alla ditta Haemonetics Italia s.r.l., la proposta di aggiudicazione definitiva dei lotti n° 6 e n° 7 in data 22 febbraio 2012, il verbale di verifica dell'anomalia dell'offerta in data 14 febbraio 2012, i verbali del 27/10/2011, del 11.11.2011, del 21.11.2011, del 01.12.2011, del 16.12.2011 e la nota del Presidente della Commissione giudicatrice del 20.12.2011 n. 160 DIRMT concernente la valutazione delle

offerte tecniche. E' stata, altresì, domandata la declaratoria di inefficacia dei contratti, ove stipulati con le aggiudicatarie, il conseguimento dell'aggiudicazione e il subentro nei contratti, nonché, per l'ipotesi in cui la tutela in forma specifica non sia possibile, il risarcimento del danno da attività provvedimentoale asseritamente illegittima.

Per resistere al ricorso, si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto I – G.M. Lancisi – G. Salesi", che, con memoria di costituzione del 23 febbraio 2012 e con memoria difensiva depositata in data 16 aprile 2012, ne ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità e inammissibilità e ne ha domandato, comunque, il rigetto, vinte le spese.

Con memoria del 17 aprile 2012, si è costituita la controinteressata Haemonetics Italia s.r.l., che ha eccepito l'irricevibilità e inammissibilità del ricorso e ne ha domandato, comunque, il rigetto, vinte le spese.

Si sono costituite, altresì, GADA Italia s.r.l., quale incorporante a far data dal 10 gennaio 2012 della società Biocor Diagnostica s.r.l., e Fresenius Kabi Italia s.r.l., che, con memoria di costituzione e memoria difensiva depositate in data 17 aprile 2012, hanno eccepito l'irricevibilità, inammissibilità, improponibilità e improcedibilità del ricorso e ne hanno domandato, comunque, il rigetto per infondatezza, vinte le spese.

Con ordinanza n° 298/2012 del 4 giugno 2012, è stata fissata per la trattazione di merito del ricorso la pubblica udienza del 5 luglio 2012.

In vista dell'udienza di discussione del merito del ricorso, le parti hanno depositato memorie conclusionali, documenti e repliche, per insistere nelle rispettive difese e conclusioni.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2012, sentiti i difensori delle parti presenti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto per essere deciso

DIRITTO

Preliminarmente, secondo l'ordine logico di definizione delle questioni, che richiede di vagliare con priorità le questioni di rito rispetto a quelle di merito, devono essere esaminate le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso sollevate dalle difese rispettivamente dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto I – G.M. Lancisi – G. Salesi" di Ancona e delle parti controinteressate.

Negli scritti difensivi, si richiama l'orientamento giurisprudenziale concernente l'onere di impugnazione del bando di gara e il *dies a quo* del termine decadenziale per proporre iniziativa giurisdizionale avverso clausole c.d. "escludenti" contenute nel bando.

Si sostiene la tardività del ricorso, sull'assunto che l'interesse ad impugnare le clausole del bando di gara censurate con l'atto introduttivo del giudizio sarebbe sorto immediatamente, per la loro immediata lesività, di talchè la società ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnarle entro il termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione del bando, ovvero dalla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione, piuttosto che unitamente all'atto applicativo.

Le eccezioni devono essere disattese.

Il Collegio condivide il principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa, per il quale in tema di gara per l'aggiudicazione dei contratti della Pubblica amministrazione, "*ciò che appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole – del bando - che prescrivono requisiti di partecipazione, è non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma anche il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha presentato domanda, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, non condizionate dal suo svolgimento (come quelle relative ai requisiti soggettivi dell'aspirante) e, perciò, idonee a ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara*" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27

gennaio 2003, n° 1).

Il caso concreto non è ascrivibile alla fattispecie enucleata in sede giurisprudenziale di immediata impugnabilità delle clausole del bando, con cui è indetta una procedura ad evidenza pubblica.

Dev'essere, anzitutto, osservato che i requisiti di partecipazione alla gara di cui si controverte sono indicati dall'art. 6 del disciplinare di gara.

Alcuno dei requisiti di partecipazione prescritti dall'art. 6 del disciplinare di gara ha formato oggetto delle doglianze svolte con il ricorso in epigrafe.

Le clausole impugnate con il ricorso principale, non essendo atte a precludere la partecipazione, non possono ritenersi impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione.

La società ricorrente è stata ammessa a partecipare alla gara, come da verbale di prima seduta pubblica del seggio di gara in data 24 ottobre 2011, prodotto agli atti del giudizio.

La ricorrente lamenta, piuttosto, l'asserita illegittimità dei criteri di valutazione qualitativa dell'offerta, rispetto ai quali l'esclusione impugnata non costituisce un atto meramente ricognitivo di una lesione già prodotta.

Alcun interesse attuale e concreto poteva ipotizzarsi in capo all'odierna ricorrente all'immediata impugnazione del bando e del disciplinare di gara, atteso che i requisiti di partecipazione previsti non esplicavano effetti escludenti nei confronti della medesima, che, è, infatti, stata ammessa in gara.

Deve, pertanto, essere applicata la regola generale per la quale il bando con cui è indetta una gara pubblica è impugnato unitamente al provvedimento da cui deriva la lesione.

Il ricorso è, quindi, tempestivo.

Nel merito, il ricorso è infondato.

La società ricorrente deduce di aver partecipato alla gara di cui si controverte presentando offerta rispettivamente per il lotto n° 6 e per il lotto n° 7. Per il lotto n° 6 hanno presentato offerta anche la Biocor Diagnostica s.r.l. e la Fresenius Kabi Italia s.r.l. in raggruppamento temporaneo di imprese costituendo. Per il lotto n° 7 ha presentato offerta anche la Haemonetics Italia s.r.l..

Alla prima seduta pubblica del seggio di gara è stata verificata la regolarità della documentazione presentata, dichiarata l'ammissione delle ditte concorrenti alla partecipazione in gara, e sono stati espletati gli adempimenti previsti dall'art. 12.1 del disciplinare di gara. In data 21 dicembre 2011, alla seconda seduta pubblica del seggio di gara, è stata data lettura dei punteggi che la Commissione giudicatrice ha attribuito alle offerte tecniche, che sono stati normalizzati. Le offerte presentate dalla PACO s.r.l. per i lotti n° 6 e n° 7 non hanno raggiunto la soglia minima di 36 punti prescritta dal capitolato d'onori e sono state escluse.

Alla medesima seconda seduta pubblica, sono stati espletati gli adempimenti contemplati dall'art. 12.2 del disciplinare di gara e disposta l'aggiudicazione provvisoria del lotto n° 6 al RTI Biocor Diagnostica s.r.l. e Fresenius Kabi Italia s.r.l. e del lotto n° 7 alla Haemonetics Italia s.r.l..

Ciò premesso, con il primo motivo del ricorso principale, la ricorrente si duole dell'illegittimità della propria esclusione e dell'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata Haemonetics Italia s.r.l., per asserita illegittimità caducante del bando di gara e del capitolato d'onori relativo al lotto n° 7, per violazione dei principi di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, nonché asserita illegittimità derivata della attribuzione dei punteggi da parte della Commissione tecnica.

La doglianza è incentrata sui criteri di valutazione qualitativa, stabiliti nella scheda fabbisogno per il lotto n° 7 allegata al capitolato d'onori, criteri determinati attraverso l'individuazione di caratteristiche preferenziali in relazione alle quali deve essere assegnato il punteggio.

Rileva il Collegio, sulla qualificazione delle caratteristiche preferenziali appena richiamate, che le stesse non

attengono alla capacità tecnica o professionale delle ditte concorrenti, né all'idoneità tecnica dell'offerta.

Infatti, come già osservato, i requisiti di capacità tecnica e professionale sono stabiliti dall'art. 6.2.2 del disciplinare di gara e gli stessi non sono stati impugnati con l'atto introduttivo del giudizio.

Il capitolato d'oneri, nella scheda fabbisogno per il lotto n° 7, contempla distintamente i "requisiti minimi del sistema" rispetto ai "criteri di valutazione qualitativa", essendo questi ultimi soltanto oggetto delle doglianze svolte con il ricorso principale.

La legittimità dei criteri di valutazione qualitativa dev'essere sindacata alla stregua della disposizione di cui al primo comma dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici, a detta del quale, i criteri di valutazione dell'offerta devono essere "*pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto*".

Non può prescindersi, altresì, dalla considerazione delle norme e dei principi promananti dall'ordinamento comunitario, recepiti nella surrichiamata disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 53 della Direttiva 2004/18/CE prevede che quando l'appalto è aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale offerta è selezionata sulla base di criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, indicati dalla medesima norma, a titolo esemplificativo.

La cognizione delle doglianze svolte in impugnativa richiede di esaminare i criteri di valutazione qualitativa in rapporto all'oggetto dell'appalto, al fine di verificare se sia ravvisabile un collegamento sufficiente secondo i principi di diritto interno e comunitario sin qui richiamati.

Come si evince dall'art. 1 del capitolato d'oneri, recante "oggetto della fornitura e durata del contratto", l'appalto ha per oggetto, quanto al lotto n° 7, la fornitura in service di sistemi per plasmateresi produttiva, essendo la descrizione dell'attività diagnostica, produttiva e terapeutica, che dev'essere garantita dai sistemi predetti, illustrata nella scheda fabbisogno allegata al capitolato.

In base alla scheda fabbisogno per il lotto n° 7, la fornitura deve garantire l'esecuzione di n° 21.000 (\pm 20%) procedure/anno di plasmateresi produttiva per la raccolta di 500-600 ml di sangue da donatore.

La fornitura deve comprendere l'uso di quaranta apparecchiature dedicate all'esecuzione della predetta attività, nonché i kit sanitari necessari per l'esecuzione delle procedure indicate.

La società ricorrente contesta specificamente il criterio di valutazione qualitativa che contempla l'assegnazione di un punteggio in proporzione al peso e di un punteggio in proporzione alle dimensioni, nonché il criterio che contempla l'assegnazione di un punteggio pari a dieci per l'offerta che garantisca l'espletamento della procedura di durata inferiore a quaranta minuti a volume minimo di prelievo e reinfusione. Si sostiene, in particolare, che le caratteristiche dimensionali dei macchinari assumerebbero un rilievo preponderante e che la durata della procedura di plasmateresi per un tempo inferiore ai quaranta minuti non potrebbe ragionevolmente rivestire "un rilievo tale da giustificare l'attribuzione di un punteggio pari a 10 punti".

La tesi di parte ricorrente non può essere accolta.

Dev'essere osservato che gli aspetti organizzativi e le caratteristiche preferenziali individuati con le impugnature clausole non sono destinati ad essere apprezzati in modo avulso dall'offerta, quali dati attinenti all'affidabilità soggettiva, ma quali parametri afferenti alle caratteristiche oggettive dell'offerta.

In altri termini, i criteri di valutazione qualitativa non rispondono ad una opzione predeterminata tra due sistemi, definiti in impugnativa come concettualmente e tecnicamente differenti, per ottenere il plasma in aferesi, ognuno dei quali è prodotto rispettivamente dalla ditta Fenwal (offerta dalla P.A.C.O.) e dalla ditta Haemonetics Italia s.r.l., bensì riguardano caratteristiche intrinseche dei prodotti la cui fornitura è oggetto dell'appalto.

I criteri di valutazione qualitativa di cui si controverte sono stati determinati in relazione alle caratteristiche funzionali dei prodotti, suscettibili di esprimere la qualità dell'offerta.

Sono, quindi, infondate le doglianze articolate avverso i criteri di valutazione delle offerte, essendo tali criteri pertinenti all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, conformemente all'art. 83 del codice dei contratti pubblici e all'art. 53 della Direttiva 2004/18/CE.

Alla medesima conclusione di infondatezza deve pervenirsi quanto alla critica proposta per asserita "proporzionalità apparente" del criterio di valutazione concernente la trasportabilità delle attrezzature, atteso che tale criterio appare rispondente al principio, di derivazione comunitaria, per il quale i criteri di valutazione qualitativa delle offerte devono essere in grado di differenziare in modo significativo le offerte, sotto i profili più strettamente funzionali, come quello di cui si controverte.

Non sussistono, inoltre, i lamentati vizi di illogicità o irragionevolezza nell'attribuzione del punteggio, essendo stato il punteggio assegnato in applicazione dei criteri di valutazione qualitativa stabiliti nella scheda fabbisogno per il lotto n° 7, allegata al capitolato d'oneri.

Né può accedersi alla prospettazione di parte ricorrente, tesa a sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione.

Con il secondo motivo di ricorso, la società ricorrente si duole dell'illegittimità della propria esclusione e dell'aggiudicazione provvisoria alle società controinteressate per asserita illegittimità caducante del bando di gara e del capitolato d'oneri relativo al lotto n° 6, per violazione dei principi di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, nonché asserita illegittimità derivata della attribuzione dei punteggi da parte della Commissione tecnica.

La doglianza è incentrata sui criteri di valutazione qualitativa, stabiliti nella scheda fabbisogno per il lotto n° 6, allegata al capitolato d'oneri, criteri determinati attraverso l'individuazione di caratteristiche preferenziali in relazione alle quali deve essere assegnato il punteggio.

Il motivo è infondato per tutti i principi di diritto sin qui menzionati.

Richiamate le superiori considerazioni con riguardo alla qualificazione delle caratteristiche preferenziali e alle disposizioni normative alla cui stregua dev'essere sindacata la legittimità delle clausole impugnate, va rilevato che, in base all'art. 1 del capitolato d'oneri, l'appalto ha ad oggetto la fornitura in service di sistemi per la produzione standardizzata di globuli rossi, buffy-coat e plasma con sacche multiple e filtri per la rimozione dei leucociti da unità di eritrociti e piastrine.

La scheda di fabbisogno per il lotto n° 6, allegata al capitolato d'oneri, prevede che la fornitura deve garantire l'attività di produzione standardizzata di globuli rossi, buffy-coat e plasma con sacche multiple per n° 80.000 (± 20%) donazioni/anno, e indica le quantità per anno di materiali richiesti.

La fornitura deve comprendere:

I) l'uso delle seguenti apparecchiature, dedicate all'attività sopra illustrata:

- 120 bilance basculanti da prelievo;
- 36 scompositori semiautomatici per emocomponenti;
- 12 saldatori per connessioni sterili di tubi in PVC;
- 18 saldatori da banco;
- 50 saldatubi;

II) i materiali sanitari per le tipologie e nei quantitativi indicati, nonché ogni altro materiale eventualmente necessario per la corretta esecuzione delle procedure di produzione di emocomponenti e per il buon funzionamento delle apparecchiature.

Dev'essere osservato che gli aspetti organizzativi e le caratteristiche preferenziali individuati con le impugnate clausole non sono destinati ad essere apprezzati in modo avulso dall'offerta, quali dati attinenti all'affidabilità

soggettiva, ma quali parametri afferenti alle caratteristiche oggettive dell'offerta.

In altri termini, i criteri di valutazione qualitativa non rispondono ad una opzione predeterminata per una tipologia di prodotti, bensì riguardano caratteristiche intrinseche dei prodotti la cui fornitura è oggetto dell'appalto.

I criteri di valutazione qualitativa di cui si controverte sono stati determinati in relazione alle caratteristiche funzionali dei prodotti, suscettibili di esprimere la qualità dell'offerta.

Sono, quindi, infondate le doglianze articolate avverso i criteri di valutazione delle offerte, essendo tali criteri pertinenti all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, conformemente all'art. 83 del codice dei contratti pubblici e all'art. 53 della Direttiva 2004/18/CE.

Priva di pregio la doglianza con cui si lamenta irragionevole attribuzione di punteggi molto elevati ad elementi dell'offerta che, a detta della parte ricorrente, sarebbero "marginali". A ben vedere, la prevalenza di taluni elementi non può desumersi da valutazioni soggettive, né da aspetti meramente quantitativi, dovendo aversi piuttosto riguardo alla funzione oggettivamente svolta dai predetti elementi nell'economia complessiva dell'appalto.

Pertanto, non appearing ravvisabile alcuna "marginalità" dei sistemi di filtrazione, contestati con la doglianza in esame, non può ritenersi irragionevole la ripartizione dei punteggi in relazione ai criteri di valutazione qualitativa.

Non sussistono i lamentati vizi di illogicità o irragionevolezza nell'attribuzione del punteggio, essendo stato il punteggio assegnato in applicazione dei criteri di valutazione qualitativa stabiliti nella scheda fabbisogno per il lotto n° 6, allegata al capitolato d'oneri.

Né può accedersi alla prospettazione di parte ricorrente, tesa a sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione.

Il ricorso principale dev'essere, conclusivamente, respinto per infondatezza.

Con ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale n° 143 del 22 febbraio 2012, comunicata alla ricorrente in data 23 febbraio 2012, di aggiudicazione definitiva del lotto n° 6 all'ATI Biocor Diagnostica s.r.l. – Fresenius Kabi Italia s.r.l. e del lotto n° 7 alla Haemonetics Italia s.r.l., la proposta di aggiudicazione definitiva dei lotti n° 6 e n° 7 in data 22 febbraio 2012, il verbale di verifica dell'anomalia dell'offerta in data 14 febbraio 2012, i verbali del 27/10/2011, del 11.11.2011, del 21.11.2011, del 01.12.2011, del 16.12.2011 e la nota del Presidente della Commissione giudicatrice del 20.12.2011 n. 160 DIRMT concernente la valutazione delle offerte tecniche.

La ricorrente ha, altresì, domandato la dichiarazione di inefficacia dei contratti, ove stipulati con le aggiudicatarie, il conseguimento dell'aggiudicazione e il subentro nei contratti, nonché, per l'ipotesi in cui la tutela in forma specifica non sia possibile, il risarcimento del danno da attività provvedimento asseritamente illegittima.

Il primo ed il secondo motivo dell'impugnativa per motivi aggiunti ripropongono, anche nei confronti dell'aggiudicazione definitiva, le doglianze svolte con il ricorso principale.

Le doglianze sono infondate, per le medesime ragioni, superiormente indicate, di infondatezza del ricorso principale.

L'infondatezza dei motivi di illegittimità dedotti in via principale impone, altresì, il rigetto della doglianza di illegittimità derivata.

Con il terzo motivo di ricorso, introdotto con i motivi aggiunti in esame, parte ricorrente lamenta illegittimità dell'intera procedura di gara relativa al lotto n° 7 per mancata esclusione dell'offerta tecnica della Haemonetics Italia s.r.l., in quanto, a detta della ricorrente, la stessa difetterebbe del requisito della tracciabilità delle operazioni svolte.

Il motivo è infondato.

Dev'essere osservato che il requisito "garanzia della tracciabilità di ogni singola procedura nel rispetto della

vigente normativa”, quale tracciabilità informatica e concernente il trasferimento dati, non è un requisito di qualificazione, ma piuttosto un requisito di cui verificare la sussistenza in sede di assegnazione del punteggio. A tale conclusione si perviene dall’esame testuale degli atti di gara, ed in particolare del bando e del disciplinare di gara, che non annovera la ridetta garanzia della tracciabilità tra i requisiti soggettivi di partecipazione, laddove, invece, la scheda fabbisogno per il lotto n° 7, allegata al capitolato d’oneri, la contempla tra i requisiti del sistema oggetto della fornitura.

Come risulta dalla documentazione prodotta agli atti del giudizio, l’offerta della Haemonetics Italia s.r.l. garantisce la tracciabilità informatica della plasmateresi e il trasferimento dati, attraverso il software Haemonet, installato sull’apparecchiatura offerta dalla Haemonetics Italia s.r.l..

In particolare, nella relazione tecnica prodotta dalla ditta Haemonetics Italia s.r.l., sono illustrate le “caratteristiche principali di Haemonet”, ivi dettagliatamente elencate.

Considerata la descrizione analitica delle caratteristiche funzionali del software Haemonet nella relazione tecnica, concernente i prodotti compresi nella fornitura offerta dalla ditta aggiudicataria, il requisito “garanzia della tracciabilità di ogni singola procedura nel rispetto della vigente normativa” era sussistente.

Per tale ragione, non può ritenersi irragionevole la valutazione dell’offerta tecnica della Haemonetics Italia s.r.l. con riguardo al criterio della “possibilità di interfacciamento al sistema gestionale del servizio per il trasferimento dei dati di raccolta”.

La doglianza in esame, articolata con ricorso per motivi aggiunti, dev’essere, quindi, respinta.

Per mera completezza, va considerata la prospettazione svolta dalla controinteressata Haemonetics Italia s.r.l. nella memoria di costituzione, nella memoria del 20 giugno 2012 e nella replica del 25 giugno 2012.

Si sostiene, negli scritti difensivi da ultimo menzionati, che l’offerta della società ricorrente sarebbe stata modificata in corso di gara, in violazione della *par condicio competitorum* e, per tale ragione, la stessa sarebbe stata legittimamente esclusa dalla procedura di cui si controverte. Ciò perché l’offerta tecnica presentata dalla ricorrente contempla un separatore cellulare recante “anno di immissione in commercio 1999”, ma, in seguito a richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, sarebbe stata offerta una versione del separatore, prodotta nel 2009.

La tesi non può essere accolta.

L’offerta tecnica per il lotto 7 presentata dalla PACO s.r.l. contempla un’apparecchiatura denominata “separatore cellulare Autopheresis C” Codice R4R4585. La scheda tecnica descrittiva reca la dicitura “anno di immissione in commercio 1999”, a fianco della quale è apposto il timbro della società ricorrente e la firma del suo amministratore unico.

Dalla documentazione prodotta agli atti del giudizio in data 14 giugno 2012 dall’odierna ricorrente, si evince che, in data 31 ottobre 2011, il responsabile unico del procedimento ha richiesto alla ricorrente di produrre idonea dichiarazione “relativamente alla circostanza che l’offerta prodotta per ciascun lotto è riferita a sistemi nuovi di fabbrica, di ultima generazione, ancora in produzione, precisando, altresì, anche l’anno di fabbricazione”.

Con dichiarazione inviata alla stazione appaltante il 4 novembre 2011, l’amministratore unico della PACO s.r.l. ha dichiarato “che l’offerta prodotta per ciascun lotto è riferita a sistemi nuovi di fabbrica, di ultima generazione, ancora in produzione”. Di seguito alla dichiarazione, è stato precisato, per ciascuna delle apparecchiature offerte, rispettivamente per il lotto 6 e per il lotto 7, il codice offerto e l’anno di fabbricazione. Quanto al separatore cellulare, è stato dichiarato quale anno di fabbricazione il 1999 e quale anno di “aggiornamento completo componentistica hardware – software” il 2009.

Peraltro, non sembra che l’aggiornamento della componentistica hardware – software del separatore cellulare possa configurare una modifica dell’offerta in violazione della *par condicio*, né che l’offerta sia stata oggetto di

interpretazione “manipolativa”.

L’eccezione sollevata dalla controinteressata Haemonetics Italia s.r.l., con riguardo alla mancata esclusione della ricorrente sotto il profilo della modifica dell’offerta in corso di gara, dev’essere, quindi, respinta.

Con il quarto motivo di ricorso, introdotto con i motivi aggiunti in esame, si lamenta illegittimità dell’intera procedura di gara relativa al lotto n° 6, per mancata esclusione dell’offerta tecnica dell’ATI Biocor Diagnostica s.r.l. – Fresenius Kabi Italia s.r.l., per asserito difetto dei requisiti richiesti dal capitolato d’oneri, nonché per asserita indeterminatezza dell’offerta.

Il motivo è infondato.

Ai sensi dell’art. 74 del codice dei contratti pubblici, l’offerta deve indicare gli elementi prescritti dal bando o dal capitolato d’oneri, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l’offerente, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta.

Tale disposizione normativa dev’essere letta alla luce del principio di apertura concorrenziale del mercato dei contratti pubblici, alla stregua del quale non può ritenersi indeterminata l’offerta che contenga l’indicazione degli elementi essenziali atti ad identificare l’offerente, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, pena un’ingiustificata restrizione della libertà concorrenziale.

L’art. 4 del d.l. 13 maggio 2011, n° 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n° 106, ha introdotto, all’art. 46 del codice dei contratti pubblici, un comma 1-bis, applicabile, *ratione temporis*, alla procedura ad evidenza pubblica di cui si controverte, che contempla, tra le cause tassative di esclusione dalla gara, la fattispecie dell’*“incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta”*.

L’esame degli atti di causa e dell’offerta dell’ATI Biocor Diagnostica s.r.l. – Fresenius Kabi Italia s.r.l., non consente di ravvisare, nel caso concreto, la fattispecie, enucleata dall’art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, di *“incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta”*, di talchè alcuna esclusione poteva legittimamente essere disposta nei confronti della predetta ATI.

Per mera completezza, si osserva che non può essere accolta la tesi per la quale l’offerta tecnica dell’ATI aggiudicataria sarebbe “indeterminata in relazione al tipo di prodotto offerto da ciascuna partecipante all’ATP”.

L’offerta tecnica dell’ATI Biocor Diagnostica s.r.l. – Fresenius Kabi Italia s.r.l. indica con sufficiente determinatezza il modello di apparecchiatura delle bilance basculanti da prelievo e degli scompositori semiautomatici per emocomponenti offerti.

Il bando e il disciplinare di gara non richiedeva la distinta indicazione del numero dei prodotti e delle apparecchiature offerte rispettivamente da ognuna delle ditte partecipanti in ATI.

E’ infondato il profilo della doglianza con cui si lamenta un’asserita inammissibilità dell’offerta dell’ATI per carenza dei requisiti richiesti dal capitolato d’oneri, con particolare riguardo, quanto alle bilance basculanti da prelievo, alla “dotazione di software di trasferimento dati, preferibilmente bidirezionale, al sistema gestionale del SIT (ID sacca, ID operatore, ID strumento, programma utilizzato, dati del prodotto ottenuto, eventuali errori e/o anomalie occorse, data ed ora della raccolta)”, nonché, quanto agli scompositori semiautomatici per emocomponenti, alla “dotazione di software di trasferimento dati, preferibilmente bidirezionale, al sistema gestionale del SIT (ID sacca, ID operatore, ID strumento, programma utilizzato, peso degli emocomponenti ottenuti, eventuali errori e/o anomalie occorse, data ed ora della separazione)”.

La società ricorrente non contesta la sussistenza dei requisiti anzidetti nei prodotti offerti dalla Fresenius Kabi Italia s.r.l. (vds. ricorso per motivi aggiunti, pag. 19 e pag. 21).

Il profilo della doglianza è svolto con riferimento alle bilance basculanti da prelievo Terumo offerte dalla Biocor Diagnostica s.r.l. e agli scompositori semiautomatici Terumo, anch’essi offerti dalla Biocor Diagnostica s.r.l..

Peraltro, con riferimento alle bilance basculanti da prelievo Terumo, la medesima ricorrente afferma che il sistema di trasferimento e gestione dei dati con comunicazione bidirezionale è “riportato” “nella scheda tecnica della bilancia T- con il nome di “TOMES” (cod. ME-TOMES Hardware + ME-TOMESTR2 software per TRACII)” (vds. ricorso per motivi aggiunti, pag. 19 e pag. 20).

Con riferimento agli scompositori semiautomatici per emocomponenti Terumo, la ricorrente afferma che il sistema di trasferimento e gestione dei dati con comunicazione bidirezionale è “riportato” “nella scheda tecnica dello scompositore T-ACEII con il nome di T-SOFT” (vds. ricorso per motivi aggiunti, pag. 21 e pag. 22).

Dall’esame degli atti si evince che la scheda tecnica della bilancia basculante da prelievo offerta dalla Biocor Diagnostica s.r.l. contempla l’applicazione software “TOMES”, sistema di gestione e trasferimento dati bidirezionale al sistema gestionale del SIT, e che la scheda tecnica dello scompositore automatico per emocomponenti offerto dalla Biocor Diagnostica s.r.l. contempla il software dedicato T-SOFT per il trasferimento dati al sistema gestionale del SIT.

La relazione tecnica prodotta in uno all’offerta tecnica dell’ATI reca un paragrafo concernente il “collegamento bilance-separatori-gestionale bidirezionale”, in cui si dichiara che “il sistema Terumo è in grado di collegare frazionatori e bilance tra loro e al sistema gestionale”, nonché un paragrafo in cui sono illustrate, tra l’altro, le “caratteristiche del collegamento al sistema informatico del SIT”

La doglianza di asserita carenza dei requisiti richiesti dal capitolato d’oneri, nonché di asserita indeterminazione dell’offerta, deve, pertanto, ritenersi infondata.

Se ne inferisce, altresì, la non irragionevolezza del punteggio attribuito all’offerta tecnica dell’ATI Biocor Diagnostica s.r.l. - Fresenius Kabi Italia s.r.l., anche considerato che la motivazione dell’assegnazione del punteggio in relazione ai criteri stabiliti dal capitolato d’oneri, è stata adeguatamente esplicitata nella tabella di valutazione che costituisce parte integrante del verbale in data 16 dicembre 2012.

Sotto ulteriore profilo, la ricorrente lamenta che braccio multifunzionale e telecomando (antenna telescopica a distanza) non sarebbero “inseriti nell’offerta delle bilance Terumo”.

Nella tabella di valutazione delle offerte tecniche per il lotto n° 6, che costituisce parte integrante del verbale della Commissione tecnica in data 16 dicembre 2011, nella parte di interesse, si afferma che “il punteggio massimo per Biocor scaturisce dalle seguenti caratteristiche: presenza di antenna telescopica con visualizzazione a distanza”.

Il verbale della Commissione giudicatrice, quale atto pubblico, fa piena prova fino a querela di falso dei fatti ivi attestati dai pubblici ufficiali.

Per tale ragione, il fatto concernente la “presenza di antenna telescopica con visualizzazione a distanza”, attestato dal verbale della Commissione tecnica del 16 dicembre 2011, non può ritenersi efficacemente contestato con mera deduzione, in mancanza di rituale proposizione del rimedio previsto dall’ordinamento.

Il motivo in esame, articolato con ricorso per motivi aggiunti, dev’essere, quindi, respinto.

Con il quinto motivo di ricorso, introdotto con i motivi aggiunti in esame, si lamenta illegittimità per asserita erronea valutazione dell’offerta tecnica della società ricorrente in riferimento ai connettori sterili (saldatori portatili).

Il motivo è infondato.

L’amministrazione intimata ha dedotto, da ultimo con memoria difensiva depositata in giudizio in data 18 giugno 2012, che il connettore saldante offerto dalla società ricorrente “*di fatto non è in grado di garantire un effettivo continuo avanzamento automatico degli elementi saldanti (wafer) prelevati dall’apposito caricatore, in quanto gli stessi, prima di essere saldati automaticamente, debbono essere inseriti singolarmente e manualmente nel caricatore e poi rimossi ed eliminati sempre manualmente*”.

Tale deduzione non è stata specificamente contestata dall'odierna ricorrente, né il profilo lamentato con i motivi aggiunti è stato specificamente riproposto nella memoria conclusiva depositata dalla medesima ricorrente in data 19 giugno 2012.

La valutazione della Commissione tecnica appare essere stata compiuta in corretta applicazione del criterio di assegnazione del punteggio stabilito dal capitolato d'oneri per l'elemento saldante monouso con avanzamento automatico.

Per tutte le ragioni superiormente esposte, il ricorso per motivi aggiunti dev'essere respinto, perché infondato.

L'infondatezza dei lamentati profili di illegittimità dell'aggiudicazione alle odierne controinteressate impone la reiezione della domanda di dichiarazione di inefficacia dei contratti, nonché di subentro nei contratti.

Nel caso in esame, non si sono verificate le violazioni gravi, in presenza delle quali tassativamente, ai sensi dell'art. 121 del codice del processo amministrativo, *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto”*.

Neppure ricorrono i presupposti per la declaratoria di cui all'art. 122 del codice del processo amministrativo, attesa l'impossibilità per la società ricorrente di conseguire l'aggiudicazione.

Non resta, pertanto, che il vaglio della domanda risarcitoria, da svolgersi secondo il dettato dell'art. 124 del codice del processo amministrativo, in base al quale il giudice che *“non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”*.

L'odierno giudicante è vincolato ai limiti della domanda azionata, per i principi, di cui agli artt. 112 e 99 c.p.c., che permeano anche il processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 del codice del processo amministrativo, di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, per il principio della domanda e per il principio dispositivo, quest'ultimo, particolarmente foriero di implicazioni nel giudizio risarcitorio.

Nell'odierna controversia, è domandato, prioritariamente, il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione.

In coerenza alla domanda azionata, il vaglio giurisdizionale postula il positivo accertamento della spettanza dell'aggiudicazione al danneggiato, del nesso di causalità tra la condotta e il danno, nonché dell'esistenza di concreti pregiudizi.

Nel caso di specie, l'insussistenza del diritto all'aggiudicazione dell'appalto, in capo alla società ricorrente, per essere stata legittimamente prescelta la migliore offerta dell'aggiudicatario rispettivamente per il lotto n° 6 e per il lotto n° 7, non consente di configurare l'an dell'invocata responsabilità dell'amministrazione per danno da mancata aggiudicazione.

La domanda di risarcimento del danno per equivalente dev'essere, quindi, respinta per difetto degli elementi costitutivi, attesa l'infondatezza della pretesa al bene della vita sottostante.

Alle medesime conclusioni deve pervenirsi quanto alla domanda di risarcimento del danno curriculare, insuscettibile di accoglimento in mancanza di alcuna lesione dell'affidamento della parte ricorrente nella correttezza dell'azione amministrativa.

Conclusivamente, il ricorso principale e per motivi aggiunti dev'essere respinto per infondatezza.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso principale e per motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in euro duemila/00 per ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere

Francesca Aprile, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2012

IL SEGRETARIO

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