



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 Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2014, proposto da:
Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Riccardo Arbib e Luigi Gili, con
domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, Via Vela,
29;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Città della Salute e della Scienza
di Torino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avv. Silvia Di Palo, con domicilio eletto presso il suo
studio in Torino, corso Bramante, 88;

Federazione Sovrazonale Piemonte 1 - Torino Sud-Est S.C. A R.L.,
Federazione Sovrazonale Piemonte 3 - 1 - Torino Sud-Est S.C. A
R.L. in liquidazione,

Azienda Sanitaria Locale Torino 1,

Azienda Sanitaria Locale Torino 5;

nei confronti di

Abbvie S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Martinotti in Torino, corso V. Emanuele II, 108;

per l'annullamento

- della determinazione di escludere Baxter S.p.a. dalla procedura aperta per l'affidamento della fornitura di anestetici per inalazione, indetta dalla Federazione Sovrazonale Piemonte 1 - Torino Sud-Est con determinazione n. 50/FS1/2013 del 17 maggio 2013;
 - della declaratoria di aggiudicazione provvisoria del lotto n. 1 a vantaggio di AbbVie S.r.l. e, ove medio tempore intervenuto, del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla stessa;
 - della nota prot. 0017289 del 18 febbraio 2014, con cui l'esito della gara è stato confermato dopo un preteso approfondimento istruttorio;
 - occorrendo, della clausola di cui all'art. 4, terzo alinea, del capitolato speciale di gara, dei verbali di gara e di ogni ulteriore documento concernente la verifica di conformità delle offerte alle caratteristiche del lotto n. 1;
- nonchè per la declaratoria di inefficacia, con contestuale domanda di subentro del contratto di fornitura nel caso medio tempore sia stato stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino e della Abbvie S.r.l.;

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 19 novembre 2014 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 21.02.2014 la Baxter s.p.a. ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, a) la sua esclusione dal lotto 1 della procedura aperta per l'affidamento della fornitura di anestetici per inalazione indetta dalla Federazione Sovrazonale Piemonte 1 - Torino Sud-Est con determinazione n. 50/FS1/2013 del 17.05.2013, b) l'aggiudicazione provvisoria ad AbbVie s.r.l. del lotto n. 1 e l'aggiudicazione definitiva, ove intervenuta, c) la nota prot. n. 18.02.2014 di conferma dell'esito della gara, d) occorrendo, la clausola dell'art. 4, terzo alinea, del Capitolato speciale di gara, i verbali di gara e ogni altro ulteriore documento concernente la verifica di conformità delle offerte alle caratteristiche del lotto n. 1.

Con il medesimo atto la ricorrente ha anche domandato la

declaratoria di inefficacia del contratto di fornitura che fosse stato nel frattempo stipulato, avanzando istanza di subentro.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Città della Salute e della Scienza" di Torino e la AbbVie s.r.l., eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito del ricorso.

Alla camera di consiglio del 12.03.2014 la ricorrente ha chiesto che ogni questione fosse esaminata congiuntamente al merito del ricorso.

All'udienza pubblica del 19.11.2014 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

DIRITTO

Devono essere, in primo luogo, respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria Città della Salute e della Scienza e dalla controinteressata AbbVie s.r.l. per asserita carenza di interesse di Baxter, esclusa dalla procedura, all'annullamento dell'aggiudicazione e per l'onere della ricorrente di impugnare immediatamente le clausole che le precludevano di fatto l'accesso alla competizione.

Da un lato, infatti, con il suo ricorso la Baxter s.p.a., affermando la conformità del suo prodotto alle specifiche previste dal Capitolato speciale, ha chiesto al Tribunale di annullare oltre all'aggiudicazione provvisoria del lotto 1 ad AbbVie s.r.l., proprio la sua esclusione dalla procedura, dimostrando, così, un interesse concreto ed attuale al ricorso; dall'altro lato la ricorrente non avrebbe dovuto impugnare

entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando la clausola di cui all'art. 4 comma 3 del Capitolato, poiché questa solo in seguito ad un'errata applicazione da parte della Commissione (applicazione che verrà esaminata nella trattazione del merito del gravame) ha determinato la sua esclusione.

Il ricorso, oltre che ammissibile, risulta fondato e meritevole di accoglimento.

Con un unico articolato motivo la ricorrente ha lamentato la falsa applicazione dell'art. 4 del Capitolato tecnico, eccesso di potere per carenza dei presupposti e difetto di motivazione.

Tali censure sono pienamente condivisibili: estendendo illegittimamente la previsione di cui all'art. 4, comma 3 del Capitolato - per la quale "I flaconi devono essere in materiale tale da impedire lo spandimento accidentale del gas anestetico in caso di caduta/rottura" - a caratteristiche e casi non previsti dalla lex specialis di gara, la Commissione, nella riunione del 17.12.2013, con una decisione successivamente riconfermata il 14.02.2014, ha giudicato il prodotto Baxter "non conforme" alle specifiche ivi previste, poiché "pur essendo contenuto in flacone di materiale infrangibile, risulta a maggior rischio di possibili perdite di liquido durante le fasi di montaggio dell'adattatore al vaporizzatore... (e) all'apertura del flacone si possono verificare spandimenti accidentali che determinano fuoriuscite anche importanti di liquido anestetico con conseguenti danni di cui sopra".

Tali notazioni non sono, in verità, riconducibili alla clausola di cui all'art. 4, comma 3 del Capitolato, che richiede determinate caratteristiche per il materiale in cui i flaconi sono realizzati, così da evitare spandimento accidentale del prodotto nel caso specifico di caduta o rottura del recipiente, ma non può, evidentemente, essere utilizzata per escludere dalla procedura - da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso - un'offerta solo perché caratterizzata da un sistema di attacco del flacone al vaporizzatore diverso da quello giudicato "preferibile" dalla S.C. Sicurezza e Ambiente o dalla Commissione stessa in sede di valutazione dei prodotti (cfr. documenti nn. 10 e 11 dell'Amministrazione).

Se la Stazione Appaltante avesse voluto attribuire rilievo a tale caratteristica o ad altre, non riconducibili, propriamente, al materiale dei flaconi ed alla sua resistenza in caso di caduta della confezione, avrebbe potuto progettare la gara in termini diversi, scegliendo, eventualmente, un differente criterio di aggiudicazione, senza introdurre a posteriori, come in questo caso, attraverso il canone della conformità/non conformità del prodotto offerto, valutazioni ulteriori rispetto a quelle previste con la *lex specialis*, che violano il principio di parità di trattamento e di non discriminazione e la regola di massima apertura della competizione alla concorrenza di cui all'art. 2 d.lgs. n. 163/2006.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, il ricorso deve essere, come detto, accolto, con conseguente annullamento dell'esclusione

dell'offerta della Baxter s.p.a. e di tutti gli atti di gara ad essa conseguenti.

Per la particolarità della controversia, sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando,

- accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla ai sensi e nei termini di cui in motivazione, gli atti impugnati;

- compensa le spese

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Ofelia Fratamico, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2014

IL SEGRETARIO

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