TAR CAMPANIA di SALERNO - SENTENZA 19 giugno 2009, n.3300

SENTENZA

-XXX S.p.a. (di seguito XXX), in persona dell'amministratore e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti L. V., M. S., R. A. e F. V., ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Salerno, via D. V. n. x;

contro

- l'Azienda sanitaria locale Salerno 2 (di seguito ASL/SA2), in persona del Direttore generale legale rappresentante pro tempore, dott. F. P., rappresentato e difeso, come da mandato a margine della memoria di costituzione ed in virtù di procura generale alle liti per atto Notaio P. C. – Rep. n. 31557 del 5.1.2006 e di deliberazione del direttore generale n. 116 dell'8.2.2007, dagli avv.ti V. C., E.T. e G. S. e con gli stessi elettivamente domiciliata in Salerno al Corso G. n. x presso l'Avvocatura dell'azienda medesima;

nei confronti di

- M. S. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore dott. M. P., rappresentato e difeso dagli avv.ti D. V. e R. D., ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Salerno, Corso G. n. x;
- I. M. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio;
- S. M. S. D. s.r.l. (già B.D. s.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio;
- H. A. s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio,
- D. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. U. G., rappresentato e difeso anche disgiuntamente, dagli avvocati C.M., A. B. e L.L. ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Salerno, Corso G. n. x,
- J.J.M. s.p.a. (di seguito J.) , in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati G.S. e P. L. ed elettivamente domiciliato presso l'avvocato F. A., in Salerno, Corso V.E. n.x(Studio P.).

per l'annullamento

A. quanto al ricorso introduttivo:

1. delle clausole del capitolato speciale e delle schede allegate concernenti la "gara per la fornitura in noleggio di strumenti con fornitura di reagenti e materiali di consumo per i Laboratori Analisi e di Biologia Molecolare, Centri Trasfusionali ed Anatomia Patologica dell'ASL Salerno 2", spedita alla GUCE il 10.11.2006;
2. di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale, compresa la nota dell'ASL n. 64392 dell'11.12.2006 contenente la replica ai rilievi formulati dalla Società ricorrente sul capitolato predetto con nota prot. n. AA/GEN/06_1760 del 27 novembre 2006.

B. quanto al primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 21 dicembre 2007 e depositato il 4 gennaio 2008, al secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 14 giugno 2008 e depositato il 27 successivo:

1. della determinazione di escludere la XXX s.r.l. dalla gara, comunicata dalla ASL/SA2 nella seduta pubblica del 29 ottobre 2007;
2. occorrendo, delle note interlocutorie dell'ASL prot. n. 18076 e 18077 del 23 ottobre 2007, ricevute dall'XXX il 24 ottobre 2007;
3. di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale.

C. quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 5 maggio 2008 e depositato il 13 successivo.

1. della deliberazione n. 231/21.03.08 di approvazione degli atti di gara, comunicata con nota prot. n. 21008 del 2 aprile 2008;
2. dei contratti di fornitura stipulati a seguito di detta approvazione;
3. di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto o consequenziale.
Visti il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti con i relativi allegati.
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASL/SA intimata e le memorie.
Visto l'atto di costituzione in giudizio di M. S. S.p.A.
Visto l'atto di costituzione in giudizio di D. S.p.A.
Visto l'atto di costituzione in giudizio di J.
Viste le memorie difensive e le note d'udienza.
Vista l'ordinanza cautelare n. 156 del 15 febbraio 2007 di questo TAR.
Vista l'ordinanza di appello cautelare n. 3874 del 19 luglio 2007 del Consiglio di Stato.
Visti tutti gli atti della causa.
Relatore, all'udienza pubblica del 7 maggio 2009, il dott. Gianmario Palliggiano e sentiti gli avvocati delle parti come da verbale.
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con avviso pubblicato sulla G.U. delle Comunità europee il 10 novembre 2006, l'ASL Salerno 2 ha bandito una gara d'appalto con procedura aperta relativa alla "Fornitura in noleggio di strumenti con fornitura di reagenti e materiali di consumo per i Laboratori Analisi e di Biologia molecolare, centri trasfusionali ed anatomia patologia dell'Asl Salerno 2".
L'appalto è definito nel paragrafo II.1.2 come "misto".
Il punto II.1.5 descrive quale oggetto dell'appalto:
1. locazione della strumentazione comprensiva del Servizio assistenza ordinaria e straordinaria;
2. somministrazione dei relativi reagenti standards, controlli, consumabili e materiali vari, nonché gruppi statici di continuità e deionizzatori, ove necessari, per le strumentazioni fornite;
3. implementazione pacchetto informatico;
4. corsi di istruzione ed aggiornamento per gli operatori dipendenti da parte delle ditte aggiudicatarie;
5. somministrazione di kit diagnostici eseguibili senza strumentazione;
6. somministrazione di materiali vari (consumabili, reagenti, vari vetreria, plastica, materiale necessario per effettuazione dei prelievi e del trasporto dei campioni biologici.
La gara sarebbe stata aggiudicata con due procedimenti: il primo relativo alla fornitura di sistemi e reagenti (schede tecniche allegate al capitolato speciale sub B1), da suddividere in 39 lotti, ognuno dei quali sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (50 punti qualità e 50 punti prezzo); l'altro riguardante la fornitura di materiali (allegato B2 al capitolato speciale) anch'esso suddiviso in lotti da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.
Il punto II.2.1 chiarisce che il quantitativo ha un importo presunto triennale di € 13.676.000,00, IVA esclusa, oltre allo stesso importo per un eventuale rinnovo.
Con raccomandata prot. n. 2352 del 4.12.2006, la ricorrente XXX ha formulato rilievi al Capitolato di gara che l'ASL Sa 2 ha respinto con la nota prot n. 64302 dell'11.12.2006, come integrata dai chiarimenti indicati sul sito dell'Asl resistente.

In relazione alla nota, XXX ha presentato l'odierno ricorso, notificato il 15 gennaio 2007 e depositato il 2 febbraio successivo con il quale ha censurato la violazione della L. 241/1990, degli artt. 2 e seguenti del d. lgs. 163/2006 nonché la violazione dei principi di buona amministrazione e di concorrenza, parità di trattamento, sviamento, difetto di motivazione.
Ha dedotto in particolare l'illegittimità dell'art. 3 del Capitolato speciale, che descrive il Sistema Informatico di laboratorio (LIS) laddove il medesimo prevede l'implementazione del sistema gestionale Diamante, già fornito all'ASL SA 2 dalla società I. M., e non un sistema nuovo, oltre all'illegittimità parziale del capitolato relativo al lotto 3 ed all'illegittimità speciale per i lotti 5, 11 e 24.
Ha chiesto in accoglimento del ricorso l'annullamento degli atti impugnati.
La Asl resistente si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto.
Delle controinteressate intimate si è costituita M.S. che con memoria di stile ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.
L'istanza di sospensione incidentale degli atti impugnati è stata respinta con ordinanza n. 156 del 15 febbraio 2007. L'ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, con ordinanza n. 3874/2007.
L'Asl ha quindi proseguito l'iter per aggiudicare la fornitura, escludendo la XXX per rilevate irregolarità ed incompletezze nell'offerta di quest'ultima.
Il 29 ottobre 2007, la fornitura è stata provvisoriamente aggiudicata alla controinteressata D., risultata affidataria del lotto n. 11 relativo agli immunodosaggi.
Con motivi aggiunti notificati il 21 dicembre 2007 e depositato il 4 gennaio 2008, XXX ha impugnato l'esclusione, oltre all'aggiudicazione provvisoria di alcuni lotti.
Si è costituita in giudizio la D.
Con secondo ricorso per motivi aggiunti notificato il 5 maggio 2008 e depositato il 27 successivo, e con ulteriori motivi aggiunti, notificati il 14 giugno 2008 e depositato il 27 successivo XXX ha impugnato anche l'aggiudicazione definitiva ed i contratti di fornitura per invalidità derivata.
Ha dedotto la violazione e la falsa applicazione degli articoli 2 e seguenti del d. lgs. 163/2006; dell'art. 8 del Capitolato speciale di gara e delle schede tecniche relative ai lotti 11 e 24. Violazione di principi di buona amministrazione, concorrenza, par condicio, trasparenza e proporzionalità, eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche ed in specie per carenza dei presupposti, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento.
Si è costituita in giudizio anche J. che ha prodotto memoria chiedendo il rigetto del ricorso per inammissibilità ovvero per irricevibilità.
Alla pubblica udienza del 7 maggio 2009, dopo breve discussione, la causa è passata in decisione

DIRITTO

1.- Con il ricorso introduttivo XXX ha dedotto l'illegittimità dell'art. 3 del Capitolato speciale, oltre all'illegittimità parziale del capitolato relativo al lotto 3, illegittimità del capitolato speciale per il lotto 5, per il lotto 11 e per il lotto 24.
Può prescindersi dalla questione di inammissibilità del ricorso, per mancata impugnazione dell'art. 1 del Capitolato speciale, stante la sua infondatezza nel merito

2.- Può passarsi direttamente all'esame dell'ultimo ricorso per motivi aggiunti atteso che con lo stesso sono impugnati l'aggiudicazione definitiva ed i connessi contratti di fornitura.
L'interesse alla pronuncia giurisdizionale nella sua attualità e concretezza viene infatti a concentrarsi sull'aggiudicazione definitiva, atto conclusivo della procedura concorsuale che nella sua predisposizione e nelle sue modalità sono dal ricorrente ritenute lesive.
3.- Va in ogni caso rilevata l'improcedibilità del ricorso introduttivo e dei primi due ricorsi per motivi aggiunti.
I vizi lamentati dalla ricorrente sono riconducibili a due categorie: un primo gruppo riguarda censure rivolte contro la procedura nel suo complesso, con particolare riguardo al capitolato e alle specifiche tecniche, un secondo gruppo investe l'aggiudicazione dei singoli lotti, rilevando presunte irregolarità ed incompletezze delle singole offerta presentate.
Sul primo aspetto, la ricorrente contesta la legittimità dell'art. 3 del Capitolato speciale, dedicato al Sistema Informatico di Laboratorio (LIS).
XXX contesta la scelta operata dall'ente appaltante di richiedere ai concorrenti un'offerta sull'ampliamento e potenziamento del sistema gestionale "Diamante" fornito dalla società I. M. ed in uso presso i Laboratori dell'ASL.
Le censure, nello specifico, sono le seguenti:
a. il capitolato impone ai concorrenti non un semplice aggiornamento o implementazione del sistema informatico esistente ma un sistema nuovo;
b. l'offerta sul punto consiste nel pagamento di una quota fissa, diversa per ogni lotto, da corrispondere direttamente a I. M.; ciò finisce tuttavia per determinare un rapporto trilaterale tra amministrazione, aggiudicataria e soggetto che fornisce il sistema informativo del tutto anomalo nelle procedure ad evidenza pubblica;
c. I. M. viene di fatto "imposta" ai concorrenti quale operatore informatico di riferimento, non essendo ipotizzabile diversa soluzione, posto che il capitolato non consente né il subappalto né l'associazione temporanea d'imprese;
d. I. M. presterebbe all'Asl una fornitura su affidamento diretto, senza previo confronto concorrenziale e sarebbe pagata dagli aggiudicatari della fornitura di sistemi diagnostici: determinandosi in questo modo un suo indebito arricchimento;
e. non vi sarebbero garanzie che i sistemi diagnostici aggiudicati con la gara di fornitura siano in grado di dialogare con il sistema Diamante;
f. non sarebbe specificata la sorte delle implementazioni del sistema Diamante una volta concluso il rapporto contrattuale con i fornitori di sistemi diagnostici.
4. Sul punto va premesso che il capitolato prevede testualmente che "L'attuale sistema gestionale Diamante della I. M., operativo nei sei laboratori dell'ASL SA 2 interessati, va ampliato ed adeguato alle nuove esigenze organizzative scaturenti dall'attuale gara ed è a carico delle ditte aggiudicatarie in misura percentualizzata al "peso del lotto di riferimento".
5.- Riguardo alla censura sub a), le ragioni per le quali l'ASL ha ritenuto di dovere ricorrere allo stesso sistema gestionale messo a punto in alcune sue parti è spiegato dalla nota n. 110 del 12.1.2007 del Responsabile del Servizio tecnologie biomediche ed informatiche dell'ASL. E' chiarito infatti che il sistema gestionale Diamante, implementato ed in uso presso il Laboratori Analisi dei presidi ospedalieri e dei dipartimenti sanitari, è stato fornito dalla società I. M. sulla base di delibera n. 754/2000 del Direttore generale, alla

quale annualmente, mediante provvedimento di rinnovo, è affidato il servizio di manutenzione dello stesso, considerato che trattasi di privativa industriale, in quanto il software è protetto dalle leggi sul copyright e sul diritto d'autore.
La Asl di Salerno 2 ha quindi scelto di ampliare il predetto sistema e di adeguarlo in relazione alle nuove esigenze organizzative derivanti dalla gara.
Per questa ragione il termine "nuovo sistema", di cui all'art. 3, comma 3, del Capitolato speciale non può che intendersi quale mero ampliamento ed adeguamento del sistema gestionale esistente. avverso il software
6.- In ordine ai rilievi sub lettere b), c) e d) è sufficiente ricondursi alla nota del referente dell'Asl di Salerno 2, prot. n. 1336 del 13 febbraio 2007, nella quale sono chiarite la natura e le caratteristiche del rapporto con I. M., precisandosi che quest'ultima ha fornito all'Asl il sistema informatico Diamante, protetto dalle leggi sul copyright e sul diritto d'autore e tuttora ne conduce la manutenzione.
Dal punto di vista tecnico, inoltre, l'ASL ha evidenziato come il sistema Diamante si sia rivelato efficace e rispondente alle esigenze diagnostiche, soprattutto per l'efficacia dei collegamenti tra le postazioni dislocate presso gli ambulatori, incluse quelle esterne.
In considerazione del tempo trascorso, rispetto al momento in cui venne acquisito il sistema informatico, l'obsolescenza di alcuni analizzatori ha fatto sorgere per l'ASL l'esigenza di un aggiornamento dello stesso, scelta che dal punto di vista dell'economicità e del buon andamento appare la più efficiente in termini economici, avendo l'azienda sanitaria verificato la possibilità di implementazione tecnica del sistema in uso tramite consultazione con il fornitore e manutentore dello stesso.
L'alternativa di acquisire un sistema nuovo avrebbe infatti comportato costi maggiori.
Né poi pone alcun problema di parità di trattamento il pagamento da effettuarsi direttamente in favore di I. M., atteso che le somme a questa corrisposte sono rimborsate su presentazione della relativa fattura.
7.- Riguardo al punto e) si osserva come eventuali problematiche di dialogo tra i sistemi (informatico e diagnostico) siano state prese in considerazione dalla stazione appaltante che ha imposto ai concorrenti il sopralluogo presso tutti i presidi.
Per questo la soluzione adottata dall'ASL appare ragionevole e comprensibile sotto i profili tecnico ed economico.
Non è poi ben chiaro quale sia il concreto pregiudizio provocato ai concorrenti posto che, nello specifico, la ricorrente non ha dimostrato la disponibilità sul mercato di sistemi analoghi a Diamante a prezzi più competitivi.
8. Infine, la ricorrente ha censurato il capitolato per presunta attribuzione di eccessivo punteggio (19/50) per le caratteristiche auspicabili degli strumenti rispetto al punteggio da attribuire per le caratteristiche indispensabili.
La doglianza non è condivisibile, attenendo questa determinazione a profili di discrezionalità tecnica non censurabili in questa sede se non palesemente irragionevoli, circostanza che nel caso di specie non ricorre, essendo rilevante sotto questi profili che il bilanciamento tra le varie voci sia effettuata a monte dal bando o dal capitolato di gara, circostanza che nel caso di specie si è esattamente verificata (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 21 dicembre 2004 , n. 6511.

Sul punto il Consiglio di Stato ha precisato, con orientamento che questo Collegio condivide, che la determinazione dei parametri di valutazione e ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione e va fatta tenendo conto della distinzione tra elementi e parametri di valutazione; infatti i primi (merito tecnico, caratteristiche qualitative, prezzo, tempo etc.) sono "elementi" variabili secondo il contratto, che solo in seguito si trasfondono in punteggi numerici, cioé in "parametri" di valutazione e di ponderazione; pertanto mentre l'elemento costituisce la caratteristica dell'offerta in base alla quale deve scaturire una valutazione da parte dell'amministrazione, il parametro è quel dato numerico volto a garantire, in relazione alla natura del servizio un corretto rapporto prezzo qualità.
(Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2002 , n. 5714).
9.- Può quindi passarsi all'esame delle censure sulla legittimità delle esclusione dai singoli lotti.
XXX censura che:
I. In relazione al lotto n. 5, l'ASL ha erroneamente rilevato la mancata indicazione del legale rappresentante e della denominazione della società nei fogli relativi alle caratteristiche privilegiate; la mancata compilazione della dichiarazione ex art. 76 del dpr 445/2000; l'incompletezza dell'offerta per mancanza della capacità dello strumento di memorizzare istogrammi e citogrammi almeno fino a 20.000.
II. In relazione al lotto n. 11, l'ASL ha rilevato la mancata allegazione delle schede tecniche dello strumento offerto;
III. In relazione al lotto n. 24, l'ASL ha rilevato l'incompletezza dell'offerta per mancanza dell'analisi HAV – Ab, oltre all'assenza della dichiarazione ex art. 76 del dpr. 445/2000.
Sul punto si osserva che:
a). legittima appare l'esclusione dal lotto n. 5, attesa l'incompletezza dell'offerta per mancanza della capacità dello strumento di memorizzare istogrammi e citogrammi almeno fino a 20.000, elemento richiesto espressamente dalla lex specialis di gara, considerato che la scheda tecnica del lotto in questione prescriveva, nell'ambito delle caratteristiche indispensabili, che lo strumento diagnostico fosse fornito di tale capacità.
b). Con riguardo al lotto n. 11, l'esclusione è relativa alla mancanza delle specifiche tecniche dello strumento offerto. XXX sostiene che tali specifiche non erano richieste a pena di esclusione.
Il rilievo è solo in parte condivisibile atteso che se è vero che questi elementi non sono richiesti esplicitamente a pena di esclusione, tuttavia appare evidente che, in assenza di specifiche tecniche, non sarebbe stato possibile valutare in modo attendibile la congruità dell'offerta. Deve peraltro considerarsi che la fornitura riguarda strumenti diagnostici da installare in laboratori diversi (per dimensioni, alimentazione elettrica), destinati ad operare con un sistema informatico già esistente ed operante in tali laboratori. Ciò comporta che in mancanza di specifiche tecniche, si rende non attuabile per l'ASL la valutazione circa la consistenza dell'offerta.
c). Riguardo al lotto n. 24, XXX lamenta che l'assenza della dichiarazione di responsabilità del legale rappresentante circa la veridicità del contenuto delle schede tecniche, non è sanzionata espressamente con l'esclusione. L'esclusione appare tuttavia legittima essendo l'offerta del ricorrente incompleta, in quanto mancante della dichiarazione di veridicità, elemento non integrabile successivamente.
Ai sensi dell'art. 46 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 la regolarizzazione è possibile solo quando possa porsi rimedio ad incertezze e ad equivoci generati dall'ambiguità di clausole del bando, della lettera d'invito o comunque presenti nella normativa

applicabile alla concreta fattispecie. La regolarizzazione non è quindi più possibile qualora si sia in presenza di una prescrizione chiara non esattamente osservata da parte del concorrente. In questo caso l'invito alla regolarizzazione, costituirebbe violazione del principio della par condicio nei confronti degli altri concorrenti che hanno avuto un comportamento più diligente (Cons. Stato, sez. IV, 11.4.2007 n. 1653).

10. In merito, infine, alle censure sulle specifiche tecniche per il lotto n. 11 e n. 24, queste appaiono nel complesso infondate atteso che con le stesse l'ASL non ha affatto inteso privilegiare uno specifico operatore del settore, ma è stata indotta da esigenze logistiche e, soprattutto, dalla necessità di contenere i costi, fattori del tutto legittimi in mancanza di situazioni di irragionevolezza che non emergono nel caso di specie.

11.- Per le ragioni sopra esposte il ricorso ed i relativi motivi aggiunti vanno respinti.

Le spese possono compensarsi attesa la complessità della controversia

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – 1° Sezione di Salerno – definitivamente pronunciando sul ricorso n. 180/2007 e sui relativi motivi aggiunti, proposti da XXX s.r.l., li respinge.

Compensa tra le parti costituite le spese di giudizio.

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