

Pubblicato il 10/04/2017

N. 00176/2017REG.PROV.COLL.

N. 00412/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 412 del 2015, proposto da: OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ermenegildo Mangiapane, Jacopo Emilio Paolo Recla e Pietro Luigi Matta, con domicilio eletto presso lo studio legale Pietro Luigi Matta in Palermo, piazza Giuseppe Verdi 6;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello 40;

nei confronti di

OMISSIS Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Curzi, Riccardo Pagani e Giuseppe Immordino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Immordino in Palermo, via Libertà 171;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZIONE I n. 202/2015, resa tra le parti, concernente procedura aperta per l'affidamento della fornitura di sistemi diagnostici completi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani e di OMISSIS Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2017, il Consigliere Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti gli avvocati P. L. Matta, J. E. P. Recla, M. Mangano e C. Curzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che con l'appello in esame la società OMISSIS s.r.l., partecipante alla procedura aperta per l'affidamento (con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) di un appalto di fornitura di strumentazione sanitaria indetta dall'Azienda sanitaria provinciale di Trapani, impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, sede di Palermo, n. 202 del 2015 che ha respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso l'aggiudicazione definitiva della gara (nonché avverso gli atti connessi e presupposti) in favore della controinteressata società OMISSIS;

considerato che l'appellante ha sostanzialmente reiterato in questo grado i motivi di gravame disattesi dai giudici di primo grado, lamentando la erroneità della impugnata sentenza e chiedendone la riforma con ogni statuizione consequenziale anche in ordine alle spese di lite;

considerato che si sono costituite in giudizio sia l'Azienda sanitaria di Trapani che la società controinteressata per resistere all'appello e chiederne la reiezione;

considerato che nel corso del giudizio è stata espletata verifica al fine di accertare la appropriatezza sul piano tecnico della fornitura offerta dalla aggiudicataria e la sua rispondenza alle prescrizioni del disciplinare di gara;

considerato che le parti hanno diffusamente approfondito con le memorie difensive le proprie rispettive posizioni, anche in replica alle conclusioni del verificatore;

considerato che all'udienza pubblica del 15 marzo 2017 la causa è stata trattenuta per la sentenza, che viene resa in forma semplificata ai sensi degli artt. 120 e 74 c.p.a.;

considerato che l'appello è infondato e va respinto;

considerato, quanto al motivo incentrato sulla pretesa inidoneità tecnica della strumentazione offerta da OMISSISn Coulter s.r.l. in relazione alla peculiarità delle analisi richieste dal bando di gara sotto il profilo che la stessa non garantirebbe un *“numero di metodiche a bordo non inferiore a 50”*, che tale motivo si appalesa infondato e va respinto;

considerato anzitutto che, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, il capitolato richiedeva la capacità della strumentazione offerta di eseguire almeno 50 metodiche di analisi, ma non specificava che fosse altresì necessaria la (diversa ed ulteriore) capacità di esecuzione contestuale delle medesime, tanto più che se fosse stato questo un requisito indispensabile per la proficua partecipazione alla gara si deve ragionevolmente ritenere che l'Amministrazione lo avrebbe richiesto espressamente, senza lasciare margini di dubbio interpretativo (che in ogni caso,

ove ancora persistente, dovrebbe risolversi alla luce dei principi del *favor participationis* e della tassività delle cause di esclusione);

considerato, in ogni caso, che tali conclusioni sono state confermate in questo grado dalla relazione di verifica, avendo il verificatore acclarato che la caratteristica “numero di metodiche a bordo non inferiore a 50” indicata nel capitolato tecnico è presente negli analizzatori offerti dalla aggiudicataria, i quali possono ospitare *on board* 60 metodiche;

considerato che anche il verificatore ha concluso come, con tale ultima espressione, il capitolato di gara non volesse indicare la necessità di una esecuzione simultanea di un certo numero di test differenti, ma soltanto il numero massimo di test eseguibili con la strumentazione oggetto di fornitura;

considerato che il Collegio non ha motivo di discostarsi da tali condivisibili e motivate conclusioni del verificatore risultando plausibile, da un lato, che l’aggettivo “multiparametrico” riferito allo strumento di analisi volesse indicare soltanto la possibilità di eseguire test differenti a mezzo del medesimo strumento e, dall’altro lato, che se la *lex specialis* avesse inteso far riferimento, con clausola prescrittiva escludente, ad analizzatori capaci di eseguire test simultanei lo avrebbe esplicitato chiaramente;

considerato che a diverse conclusioni non conduce la circostanza fattuale addotta dalla appellante anche in sede di discussione orale secondo cui che anche l’aggiudicataria nel formulare la sua offerta avrebbe lasciato intendere che la pluralità delle metodiche a bordo volesse significare la possibilità di eseguire una molteplicità di test diversi contemporaneamente, atteso che ciò che appar decisivo in sede ermeneutica, a parer del Collegio, è la portata oggettiva della prescrizione di *lex specialis* e non invece la sua valenza in base ad una non condivisibile interpretazione soggettiva;

considerato che, a parer del Collegio, miglior sorte non merita il secondo motivo d’appello, col quale l’appellante ha lamentato l’erroneità della impugnata sentenza nella parte in cui la stessa non avrebbe tratto le corrette conseguenze riguardo alla illegittima partecipazione alla gara della aggiudicataria OMISSIS sotto il profilo che la sua offerta sarebbe risultata carente di ogni utile indicazione sul servizio di assistenza e manutenzione degli strumenti proposti da OMISSIS (non essendo quest’ultima subappaltatrice e non essendo stato evidenziato alcun contratto di assistenza con la società OMISSIS ovvero alcun impegno contrattuale da parte di OMISSIS a fornire, a favore di OMISSIS, e dunque dell’Azienda sanitaria, la suddetta attività di assistenza);

considerato che la *lex specialis* richiedeva soltanto la dichiarazione di impegno del concorrente, in relazione a tutte le strumentazioni (pur se prodotte da terzi) ricomprese nell’offerta e che l’aggiudicataria OMISSIS ha prodotto un’apposita dichiarazione relativa ai macchinari prodotti da OMISSIS e da essa (in virtù di contratto di fornitura in esclusiva) commercializzati e rivenduti, con cui ha assunto in proprio la responsabilità del relativo funzionamento e della relativa manutenzione ed assistenza tecnica;

considerato che tale dichiarazione appare sufficiente ad integrare le condizioni richieste dalla *lex specialis* per la partecipazione alla gara posto che, fuori dall’ipotesi dell’avvalimento – qui non ricorrente –, non appare irragionevole che sia richiesto il solo impegno del concorrente in ordine al puntuale assolvimento dei servizi accessori di assistenza e manutenzione sui macchinari (anche se forniti da terzi);

considerato, in ogni caso, che risulta dagli atti di causa come fra OMISSIS e OMISSIS fosse corrente *“un rapporto di fornitura, comprensivo anche dell’assistenza tecnica necessaria a garantire il corretto funzionamento della strumentazione”*;

considerato che non appare fondato neppure il motivo con cui si reitera la pretesa incompletezza della documentazione prodotta dalla aggiudicataria con riguardo alle schede tecniche dei reagenti (mancherebbe il codice prodotto e la marcatura Ce sul reagente “alcool etilico”; i codici per i reagenti “litio” e “G6PDH” sarebbero plurimi e contraddittori; mancherebbe per il reagente “ammoniacca” il riferimento alla strumentazione offerta, con conseguente ritenuta assenza di certificazione Ce per l’utilizzo sui sistemi diagnostici offerti da OMISSIS nella gara *de qua*; per molti reagenti non sarebbe specificato su quali strumenti prodotti da OMISSIS possono essere utilizzati);

considerato che le suddette censure sono infondate e smentite documentalmente, avendo OMISSIS fornito una dichiarazione generale circa la marcatura CE di tutto quanto offerto e la compatibilità tra i reagenti da utilizzarsi sugli analizzatori serie AU (chiaramente identificabili dalla scheda tecnica e dal codice di riferimento) e i sistemi diagnostici offerti;

considerato, da ultimo, che , a tutto concedere, eventuali irregolarità nella indicazione di alcuni reagenti avrebbero al più dovuto comportare il ricorso al rimedio del soccorso istruttorio e non certo l’esclusione del concorrente dalla procedura atteso che si tratta di elementi che non provocano *“incertezza assoluta”* sul contenuto dell’offerta (cfr. art. 46, comma 1 bis, d. lgs. n.163 del 2006);

considerato, quanto alle spese del presente grado di giudizio, che le stesse seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società appellante a rivalere le parti appellate costituite delle spese e degli onorari del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi euro quattromila (e così in euro duemila in favore dell’Azienda sanitaria ed in euro duemila in favore della società OMISSIS), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulio Castriota Scanderbeg

IL PRESIDENTE

Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO