

N. 02483/2011 REG.PROV.COLL.
N. 09517/2010 REG.RIC.



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 Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9517 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Omar Technology Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Saverio Cantella, Flavia Urciuoli, con domicilio eletto presso Francesco Saverio Cantella in Roma, via G. P. Da Palestrina N.47;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc. Garofoli Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Giampaolo Delli Cicchi, con domicilio eletto presso Giampaolo Delli Cicchi in Roma,

via di Villa Chigi, 97; Soc. Medical Line Instrumets Scarl, Soc. Ist Srl
- Ingegneria e Soluzioni Tecnologiche;

per l'annullamento

dei provvedimenti adottati dalla commissione giudicatrice nelle sedute del 1° luglio 2010 e dell'8 settembre successivo, ma comunicati soltanto nella seduta pubblica del 23 settembre 2010, con i quali è stata dichiarata l'asserita difformità dell'offerta presentata da Omar Technology rispetto ai requisiti tecnici di gara, con attribuzione di un punteggio pari a zero per le voci "Struttura" e "Razionalità e funzionalità allestimento interno".

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Soc. Garofoli Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2011 il dott. Domenico Landi e uditi per la parte ricorrente l'avv. Cantella Francesco Saverio e per la parte controinteressata l'avv. Delli Cicchi Giampaolo e per il Ministero della Difesa l'Avvocato dello Stato Fedeli Andrea;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato il 27 ottobre 2010, depositato nei termini, la Soc.

a r.l. OMAR TECHNOLOGY, in persona del legale rappresentante pro-tempore, ha chiesto l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, dei provvedimenti adottati dalla commissione giudicatrice nelle sedute del 1 luglio 2010 e dell'8 settembre successivo, comunicati nella seduta pubblica del 23 settembre 2010, con i quali è stata dichiarata l'asserita difformità dell'offerta presentata dalla Società ricorrente rispetto ai requisiti tecnici di gara, con attribuzione di un punteggio pari a zero per le voci "Struttura" e "Razionalità e funzionalità allestimento interno"; della non conosciuta determinazione del Direttore Generale di Difesa del 4 ottobre 2010, con la quale l'appalto è stato definitivamente aggiudicato a favore del RTI Garofali S.p.A. e Medical Line Instruments s.c.a.r.l., nonché della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva avvenuta con nota del 14 ottobre 2010; della nota del Ministero del 13 novembre 2009 prot. 19537, nella parte in cui non ha fornito i chiarimenti richiesti dalla OMAR, in tal modo ingenerando incertezze nella modalità di predisposizione dell'offerta; del provvedimento, espresso o implicito, di conferma degli atti impugnati, qualora adottato nelle more della proposizione del presente ricorso, sulla istanza di autotutela proposta dalla OMAR ex art. 243bis del D. L.vo n. 163/2006.

Con il medesimo atto la Società ricorrente ha impugnato il bando di gara, la lettera di invito ed il capitolato tecnico per le ragioni indicate nell'epigrafe del ricorso, ed inoltre ha chiesto l'accertamento della

inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more dal Ministero della Difesa con il RTI Garofali – Medical Line Instruments e del conseguente diritto della Società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e subentrare ab origine nell'esecuzione dell'appalto, ovvero in via subordinata, la condanna del Ministero al risarcimento del danno per equivalente, nella misura da determinarsi in corso di causa.

La Società ricorrente fa presente di aver partecipato alla gara indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura di n.1 Modulo di Terapia intensiva per le esigenze del Servizio Sanitario dell'Esercito.

A causa di numerosi profili di perplessità la Soc. OMAR trasmetteva il 29 ottobre 2009 una richiesta di chiarimenti tecnici ed una richiesta di chiarimenti amministrativi, ed in particolare chiedeva di poter avere la possibilità di fissare i ventilatori polmonari direttamente alla barra della trave testa letto evitando l'utilizzo di colonne pensili a doppio braccio troppo ingombranti in un ambiente di ridotte dimensioni. Tale richiesta di chiarimenti non veniva riscontrata dalla stazione appaltante, mentre nella seduta pubblica del 23 settembre 2010, il seggio di gara rendeva noto alla ricorrente che la propria offerta tecnica era stata considerata non rispondente ai requisiti tecnici minimi richiesti, con la conseguenza che la commissione tecnica nell'assegnare i punteggi per le voci previste nel par. 6 del capitolato tecnico assegnava all'offerta della OMAR zero punti per la "Struttura" e per la voce "Razionalità e funzionalità dell'allestimento

interno”, facendo riferimento alla “mancanza delle colonne pensili sospese a parete, intese come parte integrante della struttura e come riduzione della razionalità e funzionalità dell’allestimento interno come previsto dal C.P.”.

A sostegno del gravame la Soc. ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell’art. 72 del D. L.vo n. 163/2006 e s.m., della lettera di invito (in particolare pag. 12), nonché del capitolato tecnico (in particolare par. 3 “Unità terapia intensiva” pag. 14 e par. 6-8), eccesso di potere per irragionevolezza manifesta, disparità di trattamento e contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione.

La Società ricorrente sostiene la incoerenza del Capitolato Tecnico laddove ha previsto la necessaria presenza di colonne pensili ancorate alla parete sulle quali applicare i ventilatori polmonari, mentre, peraltro, tale obbligo (presenza di colonne pensili) non si armonizza con l’obbligo per i partecipanti di predisporre “travi testa letto”. Inoltre si sostiene che l’errore nella formulazione dell’offerta è stato generato da un comportamento omissivo della Stazione Appaltante la quale non avrebbe fornito le informazioni complementari richieste dalla Società ricorrente, con ciò violando l’art. 72 del Codice dei contratti pubblici.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 86 e seg. del D. L.vo n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità manifesta e difetto di

istruttoria.

Si contesta l'utilizzo da parte della Stazione Appaltante, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del "sistema prezzo/punto".

3) Violazione e falsa applicazione dei principi di segretezza ed integrità delle offerte, di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché dell'art. 97 Cost., eccesso di potere per difetto di motivazione.

Si sostiene che la valutazione delle offerte è avvenuta in più sedute riservate e in un arco temporale molto ampio (dal 12 febbraio 2010 all'8 settembre 2010) senza che emerga l'adozione di adeguate misure cautelari rivolte a preservare la segretezza delle offerte e ad impedirne l'alterazione del relativo contenuto.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata a mezzo dell'Avvocatura Generale dello Stato, la quale contesta le argomentazioni avversarie ed insiste per il rigetto del ricorso.

Si è parimenti costituita la Garofali S.p.A., nella qualità di capogruppo del R.T.I. con la Medical Line Instruments s.c.a.r.l., la cui difesa controdeduce alle tesi avversarie chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Con successivi motivi aggiunti notificati in data 13 novembre 2010 e 7 dicembre 2010, la Società ricorrente ha ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive ed ha insistito per l'accoglimento del ricorso con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Alla Camera di Consiglio del 17 dicembre 2010 l'istanza incidentale di sospensione è stata respinta.

Alla pubblica udienza del 19 gennaio 2011 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Oggetto della presente impugnativa sono i provvedimenti adottati dalla Commissione aggiudicatrice con i quali si è dichiarata la difformità dell'offerta presentata dalla Società ricorrente rispetto ai requisiti tecnici di gara, con la conseguente attribuzione di un punteggio pari a zero per le voci "Struttura" e "Razionalità e funzionalità allestimento interno", il che ha comportato l'esclusione della suddetta Società dalla procedura di gara.

Va premesso, in punto di fatto, che l'Amministrazione della Difesa con bando pubblicato il 30 luglio 2009 indiceva una gara con procedura ristretta per la fornitura di un modulo di terapia intensiva campale.

A seguito di lettera di invito del 25 settembre 2009 la Società ricorrente e le Società controinteressate partecipavano alla gara presentando le rispettive offerte. In sede di esame della offerta della Società OMAR TECHNOLOGY, il seggio di gara rilevava la difformità della stessa rispetto ai requisiti tecnici richiesti dalla lex specialis di gara, per cui non attribuiva alcun punteggio per le voci soprarichiamate. Pertanto, non essendo stata ritenuta idonea l'offerta tecnica così come presentata, il seggio di gara non ha proceduto

all'apertura della corrispondente offerta economica con la conseguente esclusione della Società ricorrente dalla procedura di gara.

Con la prima censura dedotta la Società ricorrente lamenta la incoerenza del Capitolato tecnico laddove ha previsto la necessaria presenza di colonne pensili ancorate alla parete sulle quali applicare i ventilatori polmonari, sostenendo inoltre che tale obbligo (presenza di colonne pensili) non si armonizzava con l'obbligo per i partecipanti di predisporre "travi testa letto".

La doglianza non si appalesa fondata.

Premesso che il capitolato tecnico, con espressione non equivoca, prevedeva che il ventilatore polmonare dovesse essere montato su colonne pensili fissate con idonee staffe e longheroni a parete, mentre, al contempo, le colonne pensili "garantiscono il movimento intorno al letto del malato in tutte le sue direzioni evitando di trovare intralcio da apparecchiature poggiate al pavimento" (pag. 14 del Capitolato tecnico), l'offerta tecnica presentata dalla Società OMAR prevedeva, invece, di ancorare i ventilatori polmonari alle così dette travi testa-letto anziché alle colonne pensili, per cui è stata ritenuta non idonea dalla commissione di gara in quanto non rispondente alle prescrizioni minime del Capitolato Tecnico. Né, peraltro, può condividersi l'assunto di parte ricorrente in ordine al preteso comportamento omissivo della Stazione Appaltante, la quale non avrebbe fornito le informazioni complementari richieste dalla Società

OMAR, con ciò violando l'art. 72, terzo comma, del D. L.vo n. 163/2006. Infatti va, a tal proposito, osservato che l'Amministrazione della Difesa, con nota prot. n. 0019537 del 13 novembre 2009, ha precisato alla ricorrente come le caratteristiche necessarie ed indispensabili delle apparecchiature elettromedicali richieste fossero state sufficientemente esplicitate nel testo del capitolato, mentre l'eventuale accoglimento della proposta alternativa avanzata dalla Società ricorrente avrebbe comportato una sostanziale modifica delle soluzioni tecniche previste nel Capitolato di gara, che avrebbe dovuto, pertanto, essere oggetto di necessarie rettifiche, a parte la considerazione che l'art. 11, sesto comma, del D. L.vo n. 163/2006 espressamente sancisce il divieto della proposta alternativa. Va, infine, precisato che ai sensi di quanto indicato nella lettera di invito, la quale prevedeva espressamente l'esclusione dalla gara dei concorrenti le cui offerte tecniche risultassero incomplete, o carenti sotto il profilo tecnico-documentale, o per erronee impostazioni di carattere tecnico, la Commissione di gara, una volta riscontrata la non idoneità dell'offerta tecnica della Soc. OMAR, ha correttamente disposto la non ammissione della stessa alla successiva fase di valutazione delle offerte economiche.

In ordine alle ulteriori censure dedotte, sviluppate anche nei successivi motivi aggiunti, rivolte a contestare l'offerta presentata dalla Società aggiudicataria e quindi anche l'aggiudicazione disposta a suo favore dalla Stazione appaltante, il Collegio ritiene che ne debba

essere dichiarata l'inammissibilità per le considerazioni che seguono.

Va, infatti, precisato che, una volta accertata la legittimità della esclusione dalla gara disposta nei confronti della Società ricorrente, il rapporto intercorso tra quest'ultima e la stazione appaltante deve considerarsi esaurito, con la conseguenza che la suddetta Società non può più considerarsi titolare di alcun interesse strumentale idoneo a contestare la legittimità dell'aggiudicazione della gara a favore della Società controinteressata.

Il Collegio, a tale proposito, ritiene di aderire al prevalente indirizzo giurisprudenziale del giudice di secondo grado, secondo cui l'interesse alla rinnovazione della gara d'appalto da parte del concorrente legittimamente escluso per inidoneità dell'offerta si configura come interesse di mero fatto, non tutelabile quale interesse legittimo, non configurandosi un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia preso parte e che si riprometta di concorrere alla seconda (cfr CONS. STATO – SEZ. IV – n. 7443 del 26 novembre 2009). Va, inoltre, aggiunto che è stato anche affermato (cfr. CONS. STATO – SEZ. IV – n. 7446 del 26 novembre 2009) che, “una volta appurata l'insussistenza di una posizione legittimante in capo al soggetto escluso da una procedura di aggiudicazione, insorge un ostacolo pregiudiziale di rito alla possibilità di valutare nel merito la fondatezza delle censure, a prescindere dalla considerazione del vantaggio che il candidato

estromesso, non diversamente da qualsiasi altra impresa del settore, supponga di poter trarre dall'eventuale ripetizione della gara. Il partecipante escluso si trova, rispetto alla procedura, nella stessa posizione di un quisque de populo, portatore di un interesse di mero fatto, Se fosse accettabile l'assunto che l'interesse strumentale, cioè la prospettiva del vantaggio consistente nella semplice possibilità di partecipare alla riedizione della gara, basti a legittimare il candidato estromesso ad impugnare gli atti di gara, occorrerebbe con coerenza dichiarare qualunque operatore economico legittimato ad impugnare ogni gara consona al proprio ambito merceologico, a prescindere da qualsivoglia candidatura, in presenza di vizi atti a travolgere radicalmente il procedimento e a prepararne il rinnovo". Alla luce di tale recente orientamento giurisprudenziale, rispetto al quale il Collegio non rinviene alcuna valida ragione per discostarsene, la domanda giudiziale rivolta a contestare l'aggiudicazione della gara alla Società controinteressata, atteso il suo carattere subordinato all'esito della domanda giudiziale rivolta all'annullamento della disposta esclusione dalla gara della Società ricorrente, deve considerarsi inammissibile per la carenza in capo a quest'ultima di una posizione giuridica legittimante alla proposizione della suddetta domanda giudiziale.

Conclusivamente il ricorso va in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile, mentre le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, integrato da successivi motivi aggiunti, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la Società ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, comprensive della fase cautelare, che liquida nella misura di Euro 3.000,00 (tremila) in favore dell'Amministrazione resistente e nella misura di Euro 3.000,00 in favore della Società controinteressata costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Domenico Landi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2011

IL SEGRETARIO

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