



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 189 del 2008, proposto da:
B. Braun Milano S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Bozzi, Marco Faggiano e Michele Maria Mancini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Faggiano in Torino, via Drovetti, 37;

contro

Azienda Sanitaria Ospedaliera O.I.R.M. S. Anna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio Barosio e Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, corso G. Ferraris, 120;

nei confronti di

Società Selear Srl;

per l'annullamento

- in parte qua, della delibera di aggiudicazione n. 1166 del 29 ottobre 2007, della quale è stata rilasciata copia alla ricorrente in data 30 novembre 2007, nella parte in

cui ha disposto l'aggiudicazione e non ha provveduto all'esclusione dell'offerta dell'impresa Selefar S.r.l. per il lotto n. 5, avente ad oggetto la fornitura di "Pompe infusionali a siringa specifica" occorrenti al Dipartimento di Anestesia e Rianimazione, relativamente alla gara indetta a pubblico incanto dall'azienda sanitaria ospedaliera O.I.R.M. S. Anna;

- in parte qua, negli stessi termini e limiti innanzi precisati, del verbale di gara in data 28 settembre 2007 e dei relativi allegati, con il quale veniva individuata l'Impresa Selefar S.r.l. provvisoriamente aggiudicataria del citato lotto 5;

- in parte qua, negli stessi termini e limiti innanzi precisati, del verbale della Commissione Tecnica relativo al lotto n. 5, nonché di tutte le operazioni di valutazioni tecniche del suddetto lotto comunque e da chiunque svolte;

- dell'eventuale lettera di affidamento medio tempore intervenuta costituente per ogni effetto contratto con l'Impresa Selefar S.r.l. (come precisato nelle premesse della Deliberazione di aggiudicazione -)relativamente alla fornitura dei beni di cui al citato lotto 5;

- nonché di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o conseguente, di data e contenuto non noti alla ricorrente, con riserva di motivi aggiunti per gli atti non noti, in tutto o in parte, alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Ospedaliera O.I.R.M. S. Anna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2011 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 in data 28-30/01/2008 la B.Braun s.p.a. ha chiesto al Tribunale di annullare a) la delibera n. 1166/07 con la quale, il 29/10/2007, l'Azienda Ospedaliera O.I.R.M. - S. Anna di Torino aveva aggiudicato alla Selear s.r.l. il lotto n. 5 della gara indetta il 29/01/2007, avente ad oggetto la fornitura di pompe infusionali a siringa specifica; b) il verbale del 28/09/2007 di aggiudicazione provvisoria; c) il verbale della Commissione Tecnica relativo al lotto n. 5; d) l'eventuale lettera di affidamento medio tempore intervenuta; e) ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o conseguente.

A sostegno della propria domanda la ricorrente ha dedotto che il suo prodotto, pur riconosciuto conforme alle specifiche capitolari, era stato illegittimamente giudicato "non idoneo all'utilizzo" per una caratteristica (pistone sporgente che, in caso di urto accidentale, avrebbe potuto generare un bolo non voluto, pericoloso in pazienti pediatrici) non prescritta dal capitolato e che l'impresa risultata aggiudicataria era stata erroneamente ammessa alla gara, avendo, invece, offerto un apparecchio "che non rispettava le prescrizioni del capitolato d'oneri", contraddistinto da un errore di infusione maggiore di quello fissato dalla Stazione appaltante (+/- 3% mentre l'errore massimo ammesso era di +/- 2%).

Alla luce di tali fatti, la ricorrente ha dedotto 1) violazione, erronea e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006 e, in particolare, degli artt. 81 e 83 singolarmente e/o in combinato disposto tra loro, violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 1, 3 7 e ss. l.n. 241/90, violazione della lex specialis di gara e, in particolare, delle prescrizioni tecniche capitolari, eccesso di potere: errore sul fatto e/o sui presupposti, difetto di istruttoria, violazione della par condicio in danno della ricorrente, disparità di trattamento, manifesta illogicità ed irrazionalità, comportamento contrario al pubblico interesse; 2) violazione, erronea e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006 e, in particolare, degli artt. 81 e 83

singolarmente e/o in combinato disposto tra loro, violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 1, 3 7 e ss. l.n. 241/90, violazione della lex specialis di gara e, in particolare, delle prescrizioni tecniche capitolari, eccesso di potere: errore sul fatto e/o sui presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, arbitrarietà, manifesta illogicità ed irrazionalità, sviamento dal giusto procedimento amministrativo; 3) violazione, erronea e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006 e, in particolare, degli artt. 81 e 83 singolarmente e/o in combinato disposto tra loro, violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 1, 3 7 e ss. l.n. 241/90, violazione della lex specialis di gara e, in particolare, delle prescrizioni tecniche capitolari, eccesso di potere: contraddittorietà manifesta, palese illogicità, irrazionalità, incoerenza, sviamento dalla causa tipica, difetto di motivazione, errore sul fatto e/o sui presupposti, comportamento contrario al pubblico interesse; 4) violazione, erronea e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006 e in particolare degli artt. 81 e 83 singolarmente e/o in combinato disposto tra loro, violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 1, 3 7 e ss. l.n. 241/90, violazione della lex specialis di gara e, in particolare, delle prescrizioni tecniche capitolari, eccesso di potere: violazione della par condicio in danno della ricorrente, disparità di trattamento, sviamento dalla causa tipica, difetto di motivazione, arbitrarietà, errore sul fatto e/o sui presupposti, difetto di istruttoria, sviamento dal giusto procedimento amministrativo; 5) violazione, erronea e falsa applicazione del d.lgs. n. 163/2006 e, in particolare, degli artt. 81 e 83 singolarmente e/o in combinato disposto tra loro, violazione, erronea e falsa applicazione degli artt. 1, 3 7 e ss. l.n. 241/90, violazione della lex specialis di gara e, in particolare, delle prescrizioni tecniche capitolari, violazione erronea e falsa applicazione del principio del collegio perfetto, eccesso di potere: sviamento dal giusto procedimento amministrativo, sviamento dalla causa tipica, comportamento contrario a pubblico interesse.

In data 26/02/2008 si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Ospedaliera OIRM – S. Anna, eccependo l'irricevibilità, l'improcedibilità e/o inammissibilità e, in ogni caso, l'infondatezza del ricorso.

All'udienza pubblica del 18.05.2011 la causa è stata, quindi, trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di ricorso la B Braun s.p.a. ha lamentato l'illegittimità dell'aggiudicazione del lotto n. 5 della gara indetta dall'Azienda Ospedaliera OIRM – S. Anna alla Selefar s.r.l. che avrebbe offerto un apparecchio caratterizzato da un errore di infusione maggiore di quello consentito dal Capitolato (+/- 3% invece che +/- 2%).

La censura, pur ammissibile in quanto formulata da un'impresa concorrente esclusa che ha però contestato nel ricorso (come nel proseguio si dirà) anche la propria esclusione, non è fondata e deve essere rigettata: dalle specifiche tecniche dichiarate dalla Selefar s.r.l. il 7.03.2007 (doc. n. 4 dell'Amministrazione) emerge, infatti, che la pompa infusoriale a siringa Terumo Terfusion mod. 332 offerta dalla controinteressata è caratterizzata da un errore di infusione pari a “+/- 2% max (precisione totale con siringa Terumo)”.

Tale dato, congiuntamente al fatto che le siringhe in uso presso l'Ospedale Infantile sono proprio del tipo suddetto (cfr. doc. n. 5 dell'Amministrazione), rende il prodotto fornito dalla controinteressata conforme alle specifiche del Capitolato.

Con gli altri quattro motivi di ricorso la B. Braun Milano s.p.a. ha, poi, censurato la propria esclusione dalla gara deducendo da un lato che l'apparecchio che aveva offerto era non solo puntualmente conforme alle specifiche tecniche capitolari, ma anche pienamente idoneo all'utilizzo pediatrico, dall'altro che “comunque tale caratteristica non era richiesta nel capitolato di gara e non poteva dunque né essere

arbitrariamente introdotta dalla Commissione di gara né formare oggetto di valutazione dell'offerta”.

Tali doglianze sono fondate e meritevoli di accoglimento: **la Commissione, affermando, nella seduta del 18.09.2007, che “la pompa (offerta dalla ricorrente), pur ottemperando alle specifiche di gara, risulta non idonea all'utilizzo pediatrico, in quanto, dalle prove effettuate, per la sua conformazione geometrica – pistone sporgente rispetto al corpo della pompa – è possibile che in caso di urto accidentale si ingeneri un bolo non voluto di entità pari a 0,2-0,3 ml, inaccettabile e pericoloso per l'utilizzo su pazienti pediatrici con farmaci estremamente potenti e a concentrazioni molto elevate” e giudicando,, perciò l'apparecchio “ non idoneo all'utilizzo”, ha, infatti, introdotto nella gara un criterio valutativo del tutto nuovo rispetto alla lex specialis fissata nel capitolato speciale d'appalto.**

Tale condotta, che non corrisponde, lo si deve evidenziare, all'applicazione di specifiche tecniche dettate da norme nazionali o europee di tutela della salute – essendo il prodotto in questione regolarmente commercializzato ed impiegato da anni in numerose ed importanti strutture sanitarie, anche di Terapia Intensiva Pediatrica, senza che vi sia stata alcuna segnalazione di incidente - ma ad una osservazione degli operatori del Reparto di Rianimazione dell'ospedale e della Commissione stessa- costituisce, in verità, una violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006 e dell'esigenza che sin dalla formulazione del bando ogni concorrente sia posto in condizione di formulare la propria offerta tecnica essendo in grado di sapere sin da tale momento quali saranno gli elementi dell'offerta che verranno presi in considerazione e fatti oggetto di valutazione da parte della Commissione.

Da qui l'illegittimità per i vizi predetti, con assorbimento di tutti gli altri motivi, dell'esclusione dell'offerta della ricorrente e di tutti i provvedimenti impugnati, su

cui nessun effetto sanante possono avere le dichiarazioni congiunte, rilasciate ex post, dal Responsabile del Dipartimento di Anestesia e Rianimazione, dal Responsabile della S.C. Ingegneria Clinica e dal Responsabile S.C. Provveditorato sugli effetti potenzialmente pericolosi della creazione di un bolo (variazione improvvisa ed istantanea del flusso di infusione) in caso di urto accidentale dello stantuffo della pompa Modello Perfusor Space della ditta Braun.

Una determinata configurazione dell'apparecchio da utilizzare, che l'Amministrazione avesse ritenuto utile ad evitare incidenti dovuti all'eventuale disattenzione degli operatori sanitari chiamati ad intervenire in condizioni critiche, avrebbe ben potuto, nel rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza, essere valorizzata, ma non come causa di esclusione autonomamente introdotta dalla Commissione in corso di gara, bensì solo a fronte di una specifica previsione del capitolato, così da permettere a tutte le imprese interessate di regolare di conseguenza le loro scelte in merito alla partecipazione alla gara e alla selezione dei prodotti da offrire.

In considerazione dello spirare della durata della fornitura di cui è causa – trentasei mesi - e del dettato dell'art. 34, comma 3 c.p.a., per cui “quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”, il Collegio, anche alla luce di quanto sottolineato dalla V Sezione del Consiglio di Stato nella recente decisione 12.05.2011 n. 2817, ritiene di non dover pronunciare l'annullamento di atti che hanno ormai esaurito i loro effetti nel corso del giudizio, ma di potersi limitare ad accertare l'illegittimità degli atti impugnati dalla B. Braun Milano s.p.a.

Tale pronuncia appare, visto l'art. 30 c.p.a., comunque idonea a tutelare l'interesse della ricorrente.

Quanto alle spese, esse seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando,

- accoglie, ai sensi di cui in motivazione, il ricorso e, per l'effetto, accerta l'illegittimità degli atti impugnati;
- condanna l'Azienda Ospedaliera OIRM – S.Anna alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, liquidate in complessivi € 3.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Torino nelle camere di consiglio del 18 maggio e del 22 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario, Estensore

Manuela Sinigoi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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