

N. 00001/2012REG.PROV.COLL.

N. 09242/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex articoli 38 e 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9242 del 2011, proposto da:

IST-Istituto Specialita' Terapeutiche s.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Della Fontana, con domicilio eletto presso dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

ESTAV Centro - Ente per Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

nei confronti di

DIMAR s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Dante Pola e Roberto Neri, con domicilio eletto presso dott. Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2; HAROL s.r.l., NR. di Nannini s.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE- SEZIONE I n. 1701/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LA FORNITURA PRODOTTI PER ANESTESIA E RIANIMAZIONE –RISARCIMENTO DANNI- -

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAV Centro - Ente per Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta e di DIMAR s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 16 dicembre 2011 il Cons. Vittorio Stelo e uditi gli avvocati Della Fontana, Falorni su delega di Iaria e Pola;

Visto l'articolo 60 c.p.a.;

Considerato che sussistono i presupposti per definire il giudizio nel merito ai sensi della citata

disposizione della cui applicabilità è stato dato avviso alle parti presenti alla camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza incidentale di sospensione della sentenza impugnata formulata dall'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 1701 del 9 novembre 2011, depositata il 16 novembre 2011 il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana – Sezione Prima ha dichiarato inammissibile, con condanna alle spese, il ricorso proposto dall'Istituto Specialità Terapeutiche s.r.l. (di seguito, IST) avverso le operazioni di gara relative alla procedura aperta per la fornitura in 143 lotti di prodotti per anestesia e rianimazione (lotto 128) per le Aziende sanitarie ed ospedaliere universitarie dell'Area Vasta Centro della Regione Toscana indetta con deliberazione n. 356 del 23 novembre 2009 dall'Estav Centro – Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta (di seguito, ESTAV), con sede in Firenze, fino all'aggiudicazione definitiva a favore della DIMAR s.r.l., con sede in Mirandola (MO).

2. L'I.S.T., con atto notificato il 22 novembre 2011 depositato il giorno successivo, ha interposto appello, con istanza di sospensiva, riproducendo sostanzialmente i motivi già dedotti in primo grado; in particolare ha ribadito l'inammissibilità, con conseguente esclusione dalla procedura, delle offerte presentate sia dalla prima classificata, la citata DIMAR, che avrebbe costituito un unico centro decisionale con la N.R. di Nannini s.r.l., quarta, sia della HAROL s.r.l., seconda nella graduatoria, in quanto incompleta e non conforme al capitolato tecnico.

Si contestano quindi le argomentazioni svolte dal T.A.R., che aveva ritenuto idonea e pertanto valutabile l'offerta della HAROL, non essendo contemplata la asserita incompletezza fra le cause di esclusione, e di conseguenza aveva dichiarato venuto meno l'interesse al ricorso da parte dell'I.S.T..

3. La Sezione, dapprima con decreto monocratico n. 3231 del 20 luglio 2011 e poi con ordinanza n. 3489 in data 29 luglio 2011, ha accolto, in riforma dell'ordinanza del T.A.R. n. 782 del 13 luglio 2011, l'istanza cautelare in primo grado, "considerato che le censure avverso la mancata esclusione dalla gara delle offerte presentate dall'aggiudicataria e dalla seconda classificata appaiono, allo stato, fondate".

La Sezione ha accolto, con successivo decreto n. 5169 del 23 novembre 2011, l'istanza di misure cautelari monocratiche e sospeso gli atti impugnati in primo grado.

4.1. L'ESTAV si è costituito con atto datato 1° dicembre 2011 e con memoria datata 13 dicembre 2011 ha estesamente replicato ai motivi dell'appello a sostegno della legittimità dell'operato dell'Amministrazione e delle valutazioni della Commissione giudicatrice nonché della sentenza impugnata, riproponendo altresì l'inammissibilità per tardività delle censure dell'I.S.T. circa taluni accessori prodotti dalla Covidien e assemblati con pezzi della DIMAR.

4.2. La DIMAR s.r.l. aggiudicataria, si è costituita con memoria del 2 dicembre 2011, contrastando motivatamente le argomentazioni contenute nell'appello, ritenuto inammissibile e infondato.

4.3. L'I.S.T. con memoria depositata il 14 dicembre 2011, ha sintetizzato il contenuto dell'impugnativa sottolineando l'inammissibilità delle valutazioni espresse dall'ESTAV e dalla Commissione dopo l'aggiudicazione definitiva.

5. Alla camera di consiglio del 16 dicembre 2011 la causa, presenti i legali delle parti, è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'articolo 60 c.p.a.

6. Ciò premesso in fatto l'appello è fondato ed è da accogliere, così riformando la sentenza impugnata.

7.1. In effetti il capitolato tecnico adottato dall'ESTAV prevedeva espressamente la fornitura di "caschi...disponibili nelle misure neonatali, pediatriche e per adulti", individuando così testualmente tre diversi tipi per tre diversi destinatari, connotati evidentemente da oggettive differenze anagrafiche e fisiche.

Come emerge dagli atti è indubbio che la HAROL s.r.l. abbia proposto caschi identici per volume e peso e idonei per tutte le taglie, senza la specifica destinazione per i neonati e per i bambini.

Ciò stante, sempre alla luce degli atti, non può condividersi in alcun modo né è dato comprendere l'affermazione dell'ESTAV "circa l'adattabilità della misura S dei caschi offerti dalla HAROL ai pazienti bambini e neonati", i quali hanno caratteristiche anagrafiche e fisiche ben diverse tra loro e soprattutto dagli adulti, tenuto conto anche delle particolari esigenze da soddisfare, così complesse e delicate, in quanto connesse all'anestesia e alla rianimazione e quindi alla tutela della salute, necessariamente differenziata per essere effettiva nella fattispecie.

Né di conseguenza può ritenersi, come ha sostenuto il T.A.R., che l'inclusione delle misure neonatali e pediatriche potesse semmai costituire elemento di valutazione dell'offerta nel criterio "ampiezza della gamma di misure o lunghezze", che anzi conferma la pluralità delle misure e la varietà delle stesse anche nell'ambito della medesima misura/taglia.

Non sono ammissibili poi ma non hanno comunque rilievo sul punto le postume motivazioni addotte ad integrazione dalla Commissione e dall'ESTAV.

7.2. La incompletezza dell'offerta della HAROL è non contestata in atti sì da indurre i giudici di prime cure a ritenere tale omissione in ogni caso non tale da provocare l'esclusione dell'offerta in quanto non prevista in tal senso dalla *lex specialis*.

Ma, a ben leggere, il disciplinare di gara e il capitolato speciale e tecnico contenevano l'esplicita prescrizione volta all'esclusione dei concorrenti che avessero presentato prodotti non corrispondenti alle caratteristiche tecniche richieste, e quindi alla non considerazione, anche ai fini dei punteggi, delle relative offerte.

Ciò stante, l'offerta della HAROL, seconda classificata, era da escludere dalla gara, e tale circostanza già di per sé comporta la riforma della dichiarata inammissibilità del ricorso proposto dall'I.S.T. in primo grado, facendo così rivivere l'interesse dello stesso Istituto a contestare l'ammissibilità anche dell'offerta presentata dalla DIMAR, aggiudicataria.

8.1. Va, quindi esaminata la censura addotta dall'I.S.T. circa la costituzione di un unico centro decisionale sottostante fra la DIMAR e la N.R. di Nannini, preclusiva alla partecipazione alla gara, censura che il T.A.R. non ha delibato nella sentenza ma ha solo respinto in precedenza in sede di rigetto dell'istanza cautelare, poi riformata dalla Sezione, in quanto asseritamente basata sulla sola esistenza di un rapporto commerciale di produzione/distribuzione.

Il Collegio ben conosce le richiamate disposizioni normative (articolo 2359 codice civile e 38, comma 1, lett. m-quater, D.lgs n. 163/2006) e le numerose sentenze del Consiglio pronunciate in materia, citate anche dalle parti in causa, e ad esse intende conformarsi.

Orbene, è indubbio che la "qualsiasi relazione anche di fatto" cui possa imputarsi l'unico centro decisionale delle offerte non può sfuggire ad un esame fattuale e concreto delle circostanze e degli elementi che caratterizzano la fattispecie e che tale "unicità", ove non corrisponda a ipotesi tipizzate, debba scaturire da dati e indizi seri, probanti, oggettivi, coincidenti, precisi e univoci, non contestati in fatto.

Può prescindere quindi anche dalla produzione di documenti, per lo più autocertificati, tendenti a escludere collegamenti e intrecci sul piano meramente formale, posto che gli appalti pubblici debbano essere informati, anche secondo la normativa europea, ai principi e ai postulati della legalità e dell'imparzialità nonché della chiarezza e trasparenza delle procedure in ogni fase, della par condicio e dell'indipendenza,

dell'affidabilità e della segretezza, della completezza e autenticità delle offerte, sì da porre la stazione appaltante al riparo da qualsivoglia possibile contestazione, pregiudizievole sia per la gara che per il buon nome della P.A.

8.2. Ciò detto, in effetti l'esame degli atti prodotti dalla DIMAR e dalla N.R. di Nannini evidenzia di fatto un unico centro decisionale perciò preclusivo della partecipazione delle stesse società alla gara in epigrafe.

La Sezione invero condivide con il T.A.R. la argomentazione secondo cui il mero rapporto produttore – distributore, per di più non esclusivo, non testimonia la esistenza di centro decisionale sottostante, senza considerare comunque problemi da esaminare in concreto, ma nella fattispecie emergono anche circostanze, dati ed elementi non contestati nella loro oggettiva sussistenza ma solo nel merito della loro effettiva rilevanza ed influenza.

Infatti, a quanto riferito, la DIMAR produce vari dispositivi medici che la N.R. di Nannini, non in esclusiva, propone e rivende ai vari utilizzatori finali.

In tale contesto si è avuto modo di riscontrare la similarità dei codici dei prodotti offerti dalle due società, e le schede tecniche di entrambe, identiche per forma e composizione, sono state siglate pagina per pagina dalla stessa persona, il signor Borsari, socio unico, amministratore unico e responsabile legale della DIMAR, anche per quanto concerne accessori medici non richiesti e distribuiti e prodotti da altre società.

Il signor Borsari è indicato nell'offerta della N.R. di Nannini anche quale incaricato dell'assistenza tecnica ai prodotti, e la stessa azienda ha individuato, nel servizio post – vendita, due persone soci – amministratori di altra società distributore di zona della DIMAR.

Nella relazione illustrativa della N.R. di Nannini si fa cenno, sul punto, alla “stretta collaborazione con la DIMAR” e al “referente tecnico signor Maurizio Borsari ... a completa disposizione...sull'utilizzo dei prodotti proposti”.

Orbene, a fronte di tali fatti l'ESTAV e la DIMAR hanno replicato al fine di vanificare in concreto quelle risultanze, in quanto mere conseguenze proprio del rapporto produzione – distribuzione, inevitabili o vincolate o comunque ininfluenti.

8.3. La Sezione ritiene che i suindicati fatti, oggettivi e non contestati nella loro sussistenza, inducano a fornire una rigorosa interpretazione delle norme richiamate e dei criteri informativi degli appalti pubblici, che nella fattispecie non hanno trovato concreta applicazione.

Invero non si comprendono né emergono le ragioni a base della offerta presentata dalla N.R. di Nannini, in concorrenza con la DIMAR e facendo ricorso, per il servizio post – vendita, all'assistenza del signor Borsari e di due altri distributori della DIMAR, se non

si intenda la stessa ad adiuvandum della stessa DIMAR, che già prevedeva analoga struttura.

Le due società in effetti ben avrebbero potuto presentare offerte distinte, depurate agevolmente da quegli intrecci e senza alcun palese motivo impeditivo a tali fini, e le dichiarazioni prodotte ai sensi dell'articolo 2359 c.c. non sono sufficienti né rilevano nel caso di specie, non tipizzato, della provenienza delle offerte da un unico centro decisionale sottostante, a meno di non eludere facilmente la ratio del divieto.

Pertanto, anche in assenza di esplicite previsioni nella lex specialis, la stazione appaltante doveva comunque disporre l'esclusione delle due offerte, contenenti i richiamati indizi di una concordata modalità di presentazione e formulazione, emergendo un'evidente comunanza di interessi e sintomi tali da far ritenere possibile una reciproca conoscenza o un condizionamento delle rispettive offerte.

In presenza di elementi oggettivi e probatori prevale quindi l'interesse pubblicistico alla massima chiarezza, trasparenza e regolarità della gara, sì da renderla immune da qualsivoglia condizionamento e pregiudizio, e di conseguenza alla affidabilità e segretezza delle offerte.

Né sul punto può giustificarsi in alcun modo il riferimento al cd. favor participationis.

In conclusione, si ribadisce che anche le offerte presentate dalla DIMAR s.r.l. e dalla NR di Nannini andavano escluse dalla gara.

9. Per le considerazioni che precedono l'appello è fondato e va accolto, in riforma della sentenza impugnata.

Di conseguenza va disposta l'esclusione dalla procedura di gara della DIMAR, aggiudicataria, della Holar, seconda classificata, e della N.R. di Nannini, quarta in graduatoria; quindi la fornitura in questione va aggiudicata all'appellante I.S.T., con la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato dall'ESTAV con la DIMAR e non ancora iniziato in attesa della definizione del presente contenzioso.

Non si ritiene, invece, di accogliere l'istanza risarcitoria per equivalente proposta dall'I.S.T. in via subordinata di merito, posto che l'annullamento degli atti impugnati ed il subentro nella fornitura fin dall'inizio ben possono considerarsi soddisfattivi della pretesa dedotta.

Infine si dispone la condanna delle controparti costituite al pagamento delle spese del giudizio come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado.

Dispone l'aggiudicazione dell'appalto in epigrafe all'I.S.T. – Istituto Specialità Medicinali di Firenze e dichiara l'inefficacia del contratto stipulato fra l'ESTAV Centro di Firenze e la DIMAR s.r.l. di Mirandola (MO).

Respinge l'istanza risarcitoria dell'I.S.T.

Condanna ciascuna delle controparti costituite (ESTAV Centro e DIMAR s.r.l.) al pagamento delle spese di giudizio a favore dell'appellante, da liquidare in € 1500,00 (mille e cinquecento), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/01/2012

www.ildirittoamministrativo.it

IL SEGRETARIO

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