



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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 89 del 2017, proposto da:
Arjohuntleigh S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso
dagli avvocati Enrico Sisti, Antonio Pavan, Enrico Michele Alfredo Attili, Daniela
Anselmi, con domicilio eletto presso lo studio Daniela Anselmi in Genova, via
Corsica, 19/10;

contro

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del legale
rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Gerolamo Taccogna, Luigi
Cocchi, con domicilio eletto presso lo studio Gerolamo Taccogna in Genova, via
Macaggi 21/8;

nei confronti di

Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli
avvocati Maria Rosaria Ambrosini, Emanuela Persichetti, Mauro Vallerga, con

domicilio eletto presso lo studio Mauro Vallerga in Genova, via Martin Piaggio 17/1 A-E;

Euro Ausili Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Lamberti, Enrico Lambiase, Pasquale Morra, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Barra in Genova, via Macaggi 21/5;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

del capitolato tecnico, nella parte in cui impone, tra le caratteristiche minime dei prodotti (a pena di esclusione), quella secondo cui i sistemi antidecubito offerti devono essere "Certificati secondo la classe 1 rispetto alla resistenza al fuoco. Per i sistemi dotati di parti imbottite (es. in schiuma) è richiesta la certificazione classe 1.IM per le parti interessate, ai sensi del Decreto del Ministero dell'Interno 18 febbraio 2002, titolo II, art. 3 punto 3.2;

della nota prot. n. RU/1414 del 14.11.2016, mediante la quale la Stazione appaltante chiedeva chiarimenti al R.T.I. circa il possesso della certificazione di resistenza al fuoco classe 1 IM, o di caratteristiche equivalenti, per i sistemi proposti nei lotti 1 (ATMOSAIR 4000), 3 (AUTOLOGIC 200), 5 (THERAKAIR VISIO);

del verbale della seduta della Commissione di gara del 22.12.2016, non noto nel contenuto, in occasione della quale è stata decisa l'esclusione del R.T.I.;

della nota prot. n. RU/3170 del 22.12.2016, con la quale è stata comunicata, ai sensi dell'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016, l'esclusione del RTI dalla procedura ad evidenza pubblica con riferimento ai Lotti nn. 1, 3, 5 e 8;

della nota prot. n. RU/1008 del 20.1.2017, per mezzo della quale la Stazione appaltante comunicava ad Arjohuntleigh che non sussistevano "elementi idonei e sufficienti a procedere all'annullamento in autotutela delle Determinazioni assunte";

dei verbali della Commissione di gara, nonché l'eventuale successiva graduatoria di gara;

del Bando di Gara e il Capitolato Speciale d'appalto;
di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e connesso a quelli sopraindicati, anche se non conosciuti dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria e di Sapio Life S.r.l. e di Euro Ausili Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La società Arjohuntleigh s.p.a. ha impugnato gli atti in epigrafe relativi alla gara per l'affidamento della fornitura in noleggio di "sistemi antidecubito" occorrenti alle AA.SS.LL., EE.OO. I.R.C.C.S. della Regione Liguria ed ai pazienti domiciliari della Valle d'Aosta per un periodo di 36 mesi, con opzione di rinnovo per ulteriori 12 mesi – Lotti n. 8. Numero gara 6370451.”

La ricorrente ha esposto, nella narrativa in fatto, di avere partecipato alla gara de qua, e, a fronte della prescrizione del capitolato speciale secondo cui “Per i sistemi dotati di parti imbottite (es. in schiuma) è richiesta la certificazione classe 1.IM per le parti interessate, ai sensi del Decreto del Ministero dell’Interno 18 febbraio 2002, titolo II art. 3 punto 3.2;” ha dichiarato che i prodotti di cui ai lotti nn. 1, 3 e 5 non sarebbero ricompresi tra i materiali per i quali è richiesta la classe di reazione al fuoco 1 IM, ricevendo, tuttavia dalla commissione l’invito a chiarire se i prodotti offerti presentassero o meno le caratteristiche di ignifugicità richieste. Successivamente, pur avendo la ricorrente provveduto ad inviare le necessarie certificazioni, la

Commissione operava l'esclusione sul presupposto che non fosse possibile operare il soccorso istruttorio.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) violazione di legge ed eccesso di potere: violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, violazione di note, circolari e prassi amministrative, carenza di motivazione, e violazione del principio di proporzionalità, nonché disparità di trattamento tra operatori, in quanto la previsione del capitolato secondo la quale tutti i sistemi forniti dovevano essere: “certificati secondo la classe 1 rispetto alla resistenza al fuoco. Per i sistemi dotati di parti imbottite (es. in schiuma) è richiesta la certificazione classe 1.IM per le parti interessate, ai sensi del Decreto del Ministero dell'Interno 18 febbraio 2002, titolo II art. 3 punto 3.2;” (cfr. pag. 9, lett. c) doc. 1, cit.), sarebbe illegittima, siccome il richiamo al d.m. 18 febbraio 2002 sarebbe non pertinente, e eccessivamente oneroso;

2) violazione di legge ed eccesso di potere: violazione degli artt. 80 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 63 del d.lgs n. 82 del 2005; eccesso di potere per illogicità, manifesta ingiustizia e violazione del principio di proporzionalità, in quanto la commissione avrebbe richiesto una documentazione che era già in possesso della stazione appaltante, atteso che i sistemi di cui al lotto n. 5 erano stati forniti nel periodo 2011 – 2015 dalla società KCI medical s.r.l. che è stata incorporata dalla odierna ricorrente;

3) violazione di legge ed eccesso di potere: violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per ingiustizia manifesta, illogicità e violazione del principio di proporzionalità, in quanto la Commissione avrebbe dovuto sanare l'irregolarità mediante il soccorso istruttorio;

4) eccesso di potere: eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, in quanto la Commissione ha dapprima richiesto alla ricorrente di chiarire se i sistemi possedessero i requisiti di ignifugità previsti dal bando e poi ha escluso la ricorrente. Si sono costituiti in giudizio ALISA e la controinteressata.

Alla Camera di consiglio del 8 febbraio 2017 il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso non è fondato.

Il primo motivo è irricevibile.

Viene impugnata la prescrizione del capitolato (pag. 9 lett. c) secondo la quale “Per i sistemi dotati di parti imbottite (es. in schiuma) è richiesta la certificazione classe 1.IM per le parti interessate, ai sensi del Decreto del Ministero dell’Interno 18 febbraio 2002, titolo II art. 3 punto 3.2” che si aggiunge alla generale prescrizione secondo la quale tutti i sistemi devono essere “certificati secondo la classe 1 rispetto alla resistenza al fuoco”.

La prescrizione impugnata, ove nella prospettazione della ricorrente fosse ritenuta preclusiva della propria partecipazione alla gara, avrebbe dovuto essere impugnata nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione del bando e non già in uno con l’esclusione.

Il secondo motivo è infondato.

Nessun obbligo incombeva, infatti, sulla Commissione di desumere le caratteristiche e le certificazioni di un prodotto offerto da un altro concorrente in una precedente e diversa gara.

In primo luogo, infatti, la norma invocata l’art. 63 d.lgs. 82/05, recante il codice dell’amministrazione digitale, non appare applicabile alla fattispecie de qua, avendo il bando espressamente richiesto la dimostrazione da parte dei concorrenti delle caratteristiche tecniche dei prodotti offerti.

In secondo luogo, siffatta operazione, ove mai fosse stata ammissibile, avrebbe potuto fornire esiti inattendibili, sia con riferimento alla circostanza che l’offerta,

nella diversa gara, fosse stata presentata da un soggetto diverso dalla ricorrente, sia pure da questa successivamente incorporato, sia anche avuto riguardo al trascorrere del tempo, che non è indifferente sulla validità e attendibilità delle certificazioni.

Parimenti infondato è il terzo motivo con cui si lamenta la mancata attivazione del soccorso istruttorio.

Si deve rilevare come la commissione abbia escluso la possibilità di consentire l'ingresso della documentazione prodotta dalla ricorrente sulla base del rilievo che la stessa afferirebbe all'offerta tecnica e come tale esulerebbe dall'ambito dell'istituto del soccorso istruttorio come ristrutturato dal d.lgs. 50/16.

A tal riguardo occorre rilevare come l'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16 abbia escluso la sanabilità mediante il soccorso istruttorio degli elementi dell'offerta tecnica e economica.

In particolare l'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16 per quanto di interesse in questa sede stabilisce: *“ Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica”*,

La norma è significativamente differente da quella omologa di cui all'art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06 previgente secondo cui: *“1-ter. Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”*

La norma previgente, infatti, ammetteva il soccorso istruttorio anche rispetto all'offerta con l'unico limite costituito dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1 – bis laddove, facendo riferimento all'*incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta*, escludeva la possibilità di sanare ex post mediante il soccorso istruttorio

quelle mancanze, incompletezze o irregolarità dell'offerta che avessero determinato incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta.

La nuova norma esclude in radice la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l'offerta.

Orbene, nella specie non è dubitabile che la documentazione richiesta afferisse al contenuto dell'offerta tecnica trattandosi della documentazione necessaria a dimostrare la sussistenza delle caratteristiche imposte dal capitolato a pena di esclusione.

Ne consegue che legittimamente la Commissione ha ritenuto inammissibile l'integrazione documentale prodotta dalla ricorrente.

Infondato è l'ultimo motivo.

In sostanza si lamenta che la Commissione avesse dapprima richiesto la dimostrazione dalla circostanza che i sistemi della ricorrente possedessero i requisiti di ignifugicità richiesti per poi, contraddittoriamente, escludere la ricorrente.

Il motivo è infondato.

Come si è dimostrato poc'anzi, in presenza di una carenza documentale afferente l'offerta, non era ammissibile il soccorso istruttorio.

Il fatto che la Commissione abbia comunque cercato di agevolare la ricorrente ed abbia espresso il giudizio di inammissibilità della documentazione solo una volta ottenuta dimostra, al più, lo scrupolo della Commissione ma non può valere a costituire una ipotesi di contraddittorietà dell'azione amministrativa.

Infatti ove anche la Commissione avesse errato a non escludere immediatamente l'offerta della ricorrente ciò non viene a colorare di illegittimità un provvedimento che, come si è detto, appare conforme alla disciplina di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16, illegittimo essendo se mai l'invito della Commissione a dimostrare ex post il possesso di requisiti non adeguatamente documentati in sede di offerta.

Il ricorso, per quanto sopra, deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore delle resistenti, delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 3000, 00 (tremila/00) oltre IVA e CPA come per legge per ciascuna id esse.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Morbelli

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO