

L'accettazione da parte della stazione appaltante di un'apparecchiatura non conforme alle prescrizioni del capitolato speciale di appalto, comporta un'alterazione della par condicio tra i concorrenti alla selezione?

La risposta è affermativa in quanto dinanzi a inequivoche e inoppugnate previsioni di gara, la stazione appaltante non può essere onerata di un'attività istruttoria relativa alla rispondenza del macchinario a quanto prescritto dagli atti inditevi: dinanzi ad un'offerta che esplicitamente allega un macchinario che non fornisce un'assoluta capacità tecnica minima, l'offerta deve essere esclusa senza che residuino spazi per ulteriori approfondimenti da parte della PA.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5156 del 4 ottobre 2007 (inviata per la pubblicazione in data 13 ottobre 2007), relativamente ad un appalto di forniture, ci insegna che:

< La questione infatti si risolve nella non rispondenza dell'offerta per come formulata (allegazione di un macchinario di cui non viene dedotta nella stessa offerta la rispondenza alla prescrizione inderogabile di gara), non potendo trovare ulteriori acquisizioni istruttoria a cui il collegio ritiene nemmeno la PA avrebbe dovuto dare luogo, dovendo disporre senz'altro l'esclusione dell'offerta.

Per le medesime ragioni non possono essere condivise le censure d'appello afferenti ad una pretesa inversione dell'onere della prova, atteso che, si ripete, la questione si risolve nella impugnazione di atti con cui la PA ha omesso di disporre la doverosa esclusione di un'offerta che dai suoi contenuti non risultava rispondente a prescrizioni inderogabili di gara.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 5156 del 4 ottobre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

REPUBBLICA ITALIANA

N. 5156/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 7439 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta

ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sull'appello n. 7439/2005 proposto dalla soc. ALFA SPA rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino e Riccardo Arbib con domicilio eletto in Roma Viale Parioli, n. 180 presso l'avv. Mario Sanino, CONTRO

BETA ABX SA rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Aperio Bella con domicilio eletto in Roma Via Giuseppe Avezana n. 51 presso l'avv. Leopoldo Aperio Bella;

e nei confronti

dell'AZIENDA OSPEDALIERA-ICP ISTITUTI CLINICI DI PERFEZIONAMENTO, in persona del Direttore Generale p.t., non costituita;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA-MILANO: Sezione III n. 1138/2005, concernente FORNITURA PER DODICI MESI DI SISTEMI DIAGNOSTICI.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese,

Visti gli atti tutti della causa;

Udito alla pubblica udienza del 19 dicembre 2006 il relatore Consigliere Nicola Russo e uditi gli avv.ti Sanino e Aperio Bella;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

BETA Abx S.A. (qui appellata) ha partecipato, nel giugno 2004, alla trattativa privata con gara informale per la fornitura in favore dell'Azienda Ospedaliera resistente di sistemi diagnostici in "service" per ematologia.

La stazione appaltante, con l'allegato "A" del capitolato speciale, ha fissato le caratteristiche tecniche (a pena di esclusione) dell'apparecchio oggetto della fornitura. In particolare, ha previsto che l'analizzatore principale avesse:

- una cadenza analitica di almeno 100 campioni/ora in modalità emocromo con formula e piastrine;
- la possibilità di escludere gli eritroblasti dalla conta leucocitaria.

Espletata la gara (informale), la fornitura è stata aggiudicata alla società controinteressata.

Avverso tale atto, ed ogni altro a questo connesso, presupposto e consequenziale, BETA ha proposto impugnativa la ditta interessata, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, e conseguente condanna al risarcimento dei danni subiti per il seguente motivo:

- violazione e falsa applicazione del D.Lgs n. 358/1992 e successive modifiche; violazione e falsa applicazione della lettera di invito e del relativo capitolato speciale; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di procedure concorsuali; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed, in particolare, difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, falsità della causa e sviamento.

Ha dedotto che l'apparecchio offerto dalla società controinteressata non rispetta i requisiti minimi previsti, a pena di esclusione, dal capitolato speciale di appalto.

In particolare, l'apparecchio proposto dalla ditta ALFA (Cell Dyn 3700 SL) consente di effettuare le analisi emocromo su soli 90 campioni l'ora quando il capitolato speciale prevede un minimo di 100.

Questo dato tecnico (insufficiente) è, peraltro, riportato nella scheda riassuntiva redatta dalla stessa controinteressata.

Ciò è poi confermato dalla Azienda USL di Trapani la quale, nel 2002, ha proceduto alla revoca dell'aggiudicazione della gara nei confronti della ditta controinteressata in quanto lo strumento in argomento (Cell Dyn 3700) non era in grado di analizzare 100 campioni all'ora.

Il predetto analizzatore, poi, non consente neanche di escludere gli eritroblasti dalla conta leucocitaria, anche questa ulteriore caratteristica richiesta dalla lex specialis a pena di esclusione.

Eppure la ditta controinteressata aveva la possibilità di offrire un analizzatore di livello superiore (Cell Dyn 4000) che avrebbe soddisfatto i requisiti tecnici richiesti dalla stazione appaltante ma, invece, ne ha proposto uno di categoria inferiore con un costo più contenuto.

L'accettazione da parte della stazione appaltante di un'apparecchiatura non conforme alle prescrizioni del c.s.a. ha comportato un'alterazione della par condicio tra i concorrenti alla selezione.

Costituiti in giudizio l'Azienda Ospedaliera – ICP di Milano e la società controinteressata, il TAR con la sentenza oggetto di gravame ha accolto il ricorso.

I primi giudici, rigettata l'eccezione di difetto di giurisdizione hanno ritenuto fondato il motivo relativo alla non rispondenza dell'apparecchiatura offerta rispetto alla prescrizione tecnica minima imposta dalle norme di gara, relativamente alla capacità di analizzare non meno di 100 campioni l'ora. Hanno invece ritenuto infondato il motivo relativo alla idoneità della macchina ad escludere gli eritroblasti dalla conta leucocitaria.

Avverso tale pronuncia propone appello la ditta ALFA.

Si è costituita in giudizio la ricorrente in primo grado. Le parti hanno presentato memorie ed alla udienza del 27 aprile 2005, la causa, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione, con conseguente deposito del dispositivo n. 642/06.

DIRITTO

L'appello è infondato e come tale merita rigetto, dovendo trovare integrale conferma la sentenza del TAR oggetto di gravame.

Ed invero il collegio ritiene che dinanzi alla inequivoca prescrizione di gara secondo cui il macchinario oggetto di offerta dovesse avere la inderogabile capacità tecnica di analizzare non meno di 100 campioni l'ora, la rispondenza delle offerta a tale inderogabile prescrizione non potesse che essere

verificata sulla scorta di quanto allegato dalle stesse ditte offerenti all'atto della presentazione dell'offerta e di quanto emergente dalla documentazione tecnica relativa al macchinario offerto.

Più nel dettaglio il Collegio ritiene che, dinanzi a inequivoche e inoppugnate previsioni di gara, non possa onerarsi la stazione appaltante di un'attività istruttoria relativa alla rispondenza del macchinario a quanto prescritto dagli atti inditivi. Per tali ragioni non possono trovare positivo apprezzamento i motivi di appello volti sostanzialmente a valorizzare le allegazioni che ALFA ha fornito (in sede amministrativa e poi in sede contenziosa) allorquando BETA ha evidenziato alla PA la inidoneità dell'offerta ALFA.

Il Collegio è invece del meditato avviso che quanto emergente in sede di proposizione dell'offerta per attestazione della stessa ALFA e quanto emergente dalla documentazione tecnica relativa alla tipologia di macchinari in discorso dovessero necessariamente condurre all'esclusione dell'offerta.

Ed invero non solo le schede tecniche, sia pure priva di sigla aggiuntiva idonea a distinguere le due diverse tipologie esistenti sul mercato del macchinario Cell Dyn 3700 indicano in 90 il numero massimo di campioni analizzabile per ora, ma la stessa ditta offerente con specifico riferimento al macchinario dalla stessa offerto ha evidenziato come lo stesso abbia "una cadenza analitica di almeno 100 campioni/ora con variabilità negativa del 10% in funzione della modalità di campionamento".

Orbene, dalla lettera del bando emerge in modo inequivoco, che la PA volesse garantirsi la fornitura di macchinario che senza distinzione alcuna (e quindi con qualsivoglia, ovviamente corretta, modalità applicativa) fosse idoneo ad analizzare non meno di 100 campioni l'ora.

Ne consegue che dinanzi ad un'offerta che esplicitamente allegava un macchinario che non forniva tale assoluta capacità tecnica minima, l'offerta doveva essere esclusa senza che residuassero spazi per ulteriori approfondimenti da parte della PA.

In tale senso non possono condividersi né i motivi di appello, né le diverse conclusioni cui risulta essere giunto il TAR Piemonte in altra controversia. La questione infatti si risolve nella non rispondenza dell'offerta per come formulata (allegazione di un macchinario di cui non viene dedotta nella stessa offerta la rispondenza alla prescrizione inderogabile di gara), non potendo trovare ulteriori acquisizioni istruttoria a cui il collegio ritiene nemmeno la PA avrebbe dovuto dare luogo, dovendo disporre senz'altro l'esclusione dell'offerta. Per le medesime ragioni non possono essere condivise le censure d'appello afferenti ad una pretesa inversione dell'onere della prova, atteso che, si ripete, la questione si risolve nella impugnazione di atti con cui la PA ha ommesso di disporre la doverosa esclusione di un'offerta che dai suoi contenuti non risultava rispondente a prescrizioni inderogabili di gara.

In conclusione il ricorso in appello deve essere rigettato con conferma della sentenza di primo grado che del resto non è stata gravata né nella parte in cui ha respinto l'invero assorbito ulteriore motivo di ricorso, né nella parte in cui ha disatteso l'istanza risarcitoria.

Sussistono valide ragioni per compensare le spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 19 dicembre 2006 con l'intervento dei Sigg.ri:

Sergio Santoro	Presidente
Raffaele Carboni	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Caro Lucrezio Monticelli	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere estensore

L'ESTENSORE
f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE
f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO
f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 4/10/2007

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi