

REPUBBLICA ITALIANA

Sent. n. 569/2004

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Ric. nn. 1604/2003

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

50/2004

SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi nn° 1604/03 e 50/04 proposti da Fuji Medical Systems Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Fulvia Campari ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Carlo Castelli, in Cagliari, via Tuveri n° 16;

contro

Azienda Sanitaria Locale n° 2 di Olbia, in persona del Direttore Generale rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Contu, presso il cui studio in Cagliari, via Ancona n° 3, è elettivamente domiciliata;

e nei confronti di

Ferrania Imaging Technologies s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. M. Alberto Quaglia, Paolo Gaggero e Silvio Pinna, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Cagliari, via S. Lucifero n° 65;

Kodak s.p.a., in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del verbale in data 20/11/2003 con cui l'apposita Commissione di gara ha provvisoriamente aggiudicato alla Ferrania Imaging Technologies s.p.a un appalto, bandito dall'Azienda Sanitaria Locale n° 2 di Olbia, per la

fornitura di materiale radiografico, prodotti chimici, cassette radiografiche, schermi di rinforzo e attrezzature di sviluppo e stampa;

della clausola di cui al punto n° 6 del bando di gara;

dell'avviso di rettifica con cui l'Azienda intimata ha soppresso l'art. 4, quarto punto, del capitolato speciale d'appalto;

dei verbali della Commissione di gara antecedenti a quello in data 20/11/2003;

della determinazione 25/11/2003 n° 1252 con cui il Direttore Generale della suddetta Azienda Sanitaria ha definitivamente aggiudicato l'appalto in questione alla Ferrania s.p.a.;

per la declaratoria

della nullità del contratto stipulato con l'aggiudicataria;

nonché per la condanna

dell'amministrazione intimata alla reintegrazione in forma specifica ovvero al risarcimento dei danni per equivalente.

Visti i ricorsi con i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della controinteressata.

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

Visti gli atti tutti della causa.

Udita alla pubblica udienza del 15/4/2004 la relazione del consigliere Alessandro Maggio e uditi altresì l'avv. C. Castelli, in sostituzione dell'avv. F. Campari, per la parte ricorrente e l'avv. G. Contu per l'amministrazione resistente, nonché l'avv. S. Pinna per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Sanitaria Locale n° 2 di Olbia, ha indetto una procedura aperta, soggetta per importo alla disciplina comunitaria, per la fornitura di materiale radiografico, prodotti chimici, cassette radiografiche, schermi di rinforzo e attrezzature di sviluppo e stampa stabilendo, tra l'altro, al punto 6 del bando – spedito all'Ufficio delle Pubblicazioni delle Comunità Europee in data 8/8/2003 - che le offerte dovessero pervenire entro il 3/10/2003 e all'art. 4, punto 4, del capitolato speciale d'appalto, che “tutte le attrezzature richieste non potranno essere di marca diversa rispetto alle pellicole offerte”.

La detta prescrizione di capitolato è stata, poi, soppressa con determinazione in data 18/9/2003, pubblicata in pari data sul sito internet dell'Azienda.

Alla gara ha partecipato la Fuji Medical Systems Italia s.p.a. classificandosi terza dietro la Kodak s.p.a. e la Ferrania Imaging Technologies s.p.a. dichiarata aggiudicataria provvisoria con verbale in data 20/11/2003.

Ritenendo aggiudicazione provvisoria, previsione di cui al punto 6 del bando e citata determinazione in data 18/9/2003, illegittime, la Fuji le ha impugnate con l'odierno ricorso (rubricato al n° 1604/03) col quale, oltre all'annullamento dei suddetti atti, ha, anche, domandato la declaratoria di nullità o inefficacia del contratto stipulato, nonché la reintegrazione in forma specifica.

Queste le censure dedotte.

1) L'art. 6, 1° comma del D.Lgs. 24/7/1992 n° 358 prevede che “nei pubblici incanti (come quello di cui si controverte) di cui all'articolo 9, comma 1, lettera *a*), il termine di ricezione delle offerte stabilito dalle amministrazioni aggiudicatrici non può essere inferiore a cinquantadue giorni dalla data di spedizione del bando di gara”.

Il successivo comma 5, del medesimo articolo, dispone, poi, che laddove “le offerte possono essere fatte solo a seguito di una visita dei luoghi o previa consultazione sul posto dei documenti allegati al capitolato d'oneri, il termine di cui al comma 1 deve essere adeguatamente prorogato”.

Nel caso che occupa, pur essendo previsto che i concorrenti dovessero procedere a pena di esclusione ad effettuare un sopralluogo presso i locali dell'Azienda, il termine di ricezione delle offerte è stato prorogato di soli quattro giorni, che evidentemente non può essere considerato congruo.

Il punto 6 del bando che fissa il termine per la ricezione delle offerte viola, quindi, il citato art. 6 del D.Lgs. n° 358/1992 ed è viziato da eccesso di potere per irragionevolezza e difetto di proporzionalità.

2) L'Azienda intimata ha profondamente modificato le regole di gara, quindici giorni prima della scadenza dei termini per presentare offerta, senza fissarne di nuovi.

Così facendo ha determinato una non consentita abbreviazione dei termini minimi per la ricezione delle offerte stabiliti dal legislatore.

2 bis) Anche ammettendo che l'Azienda potesse introdurre la disposta modifica senza il rispetto dei suddetti termini minimi, non avrebbe

potuto, comunque, prescindere dal fissare nuovi termini per presentare offerta.

3) La disposta soppressione dell'art. 4 punto 4 del capitolato speciale d'appalto, è, altresì, illegittima in quanto introduce una incisiva modificazione delle regole di gara destinate, invece, a rimanere immutate nel corso di tutta la procedura concorsuale a salvaguardia della par condicio fra i concorrenti.

4) L'amministrazione appaltante ha disposto una revoca parziale delle regole di gara senza fornire, al riguardo, alcuna motivazione. Mancanza questa aggravata dal fatto che la modifica è intervenuta in prossimità della scadenza del termine fissato per la ricezione delle offerte e che la stessa è stata pubblicata solo per via telematica.

5) L'odierna ricorrente ha effettuato il sopralluogo imposto dal disciplinare di gara negli stessi giorni in cui l'intimata amministrazione ha disposto di modificare il capitolato speciale d'appalto. In quella occasione, in base ai principi di correttezza e buona fede, l'Azienda – tramite suoi funzionari o attraverso il responsabile del procedimento – avrebbe dovuto informare la stessa ricorrente della deliberata modificazione.

Con motivi aggiunti la ricorrente ha, poi, esteso l'impugnazione all'aggiudicazione definitiva disposta con determinazione 25/11/2003 n° 1252, ripetendo le censure già dedotte con l'atto introduttivo del giudizio; ha inoltre contestato, ulteriormente, all'Azienda Sanitaria, la mancata osservanza, con riguardo alla disposta modifica della legge di gara, delle prescritte forme di pubblicità (motivo 2 ter). ha inoltre domandato,

subordinatamente al mancato accoglimento della richiesta di reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno per equivalente.

Con nuovo ricorso (rubricato al n° 50/04), di contenuto identico al precedente, la Fuji ha, poi, riproposto tutte le pretese con quest'ultimo azionate.

Si sono costituite in giudizio tanto l'amministrazione intimata che la controinteressata Ferrania, depositando separate memorie con cui si sono opposte, sia nel rito che nel merito, all'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 15/4/2004 la causa su richiesta delle parti è stata posta in decisione.

DIRITTO

Data l'evidente connessione i due ricorsi possono essere riuniti.

In via pregiudiziale vanno affrontate le questioni di rito sollevate dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata.

Entrambe le controparti deducono, innanzitutto, l'inammissibilità del ricorso n° 1604/03 perché rivolto contro un'aggiudicazione provvisoria.

L'eccezione è infondata. Ed invero, come emerge da quanto specificato in narrativa, l'impugnazione proposta col suddetto ricorso n° 1604/03 è stata estesa, con i motivi aggiunti, all'atto di aggiudicazione definitiva.

L'Azienda Sanitaria Locale n° 2 di Olbia eccepisce, poi, l'inammissibilità del ricorso n° 50/04, perché diretto contro un atto non ancora divenuto esecutivo, stante la pendenza del termine per il controllo.

Anche tale eccezione va disattesa.

Come si ricava dagli atti processuali, la determinazione 25/11/2003 n° 1252, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto di che trattasi, ha acquistato efficacia (in quanto riconosciuta esente da vizi ed approvata dall'autorità tutoria) nelle more del giudizio e ciò è sufficiente, per consolidata giurisprudenza, a sorreggere l'interesse al ricorso (cfr. Cons. Stato, IV sez., 1/9/1997 n° 937).

La controinteressata contesta, invece, in relazione ad entrambi i ricorsi, la sussistenza dell'interesse ad agire, per non avere la ricorrente, terza classificata, mosso censure alla posizione della seconda graduata.

Nemmeno questa eccezione coglie nel segno.

Al riguardo è sufficiente rilevare che, l'eventuale accoglimento della pretesa azionata, avrebbe per conseguenza l'integrale travolgimento della procedura di gara, e ciò priva di rilievo la circostanza che la ricorrente non abbia rivolto censure contro la posizione di altra concorrente che la precede.

Il ricorso va, quindi, esaminato nel merito, partendo dalla domanda impugnatoria.

Appaiono fondate le censure dedotte, in entrambi i ricorsi, con i motivi 2 e 2 ter, che possono essere trattate in unico contesto.

L'intimata Azienda Sanitaria, dopo aver indetto una procedura aperta, di rilevanza comunitaria, per la fornitura di "materiale radiografico, prodotti chimici, cassette radiografiche, schermi di rinforzo e attrezzature di sviluppo e stampa", ha soppresso, quindici giorni prima della scadenza del termine di ricezione delle offerte, l'art. 4 punto 4 del capitolato speciale d'appalto - in base al quale attrezzature e pellicole da fornire avrebbero

dovuto essere della stessa marca - ed ha dato avviso di tale modifica della disciplina di gara sul proprio sito internet.

Orbene, non è dubitabile che siffatta modificazione abbia avuto un rilevantissimo impatto sostanziale nell'economia della gara. Ed invero, l'eliminazione del vincolo di omogeneità di marca tra attrezzature e pellicole da fornire, ha ampliato, significativamente, le possibilità dei concorrenti di modulare la propria offerta.

La modificazione della lex specialis della gara così disposta, o quanto meno l'avviso della sua introduzione, avrebbe dovuto, pertanto, essere divulgata mediante forme di pubblicità non diverse da quelle richieste per l'indizione della procedura concorsuale.

La mera pubblicazione della modifica di che trattasi sul proprio sito internet, operata dall'intimata Azienda, non soddisfa, pertanto, i requisiti di un'adeguata forma di pubblicazione.

Obietta la controinteressata che le norme sulla pubblicazione si riferiscono, formalmente, solo ai bandi e non ai suoi allegati, per cui, nella specie, riguardando la modifica unicamente il capitolato speciale, non sussisteva alcuno specifico onere di pubblicazione, tanto più che il suddetto capitolato, anche nella sua originaria versione, era stato pubblicato solamente per via informatica.

L'obiezione non può essere condivisa.

Il bando di gara ha la funzione di rendere edotti i potenziali interessati dell'intendimento dell'amministrazione di contrattare e delle regole fondamentali della competizione, le quali possono essere contenute anche negli allegati al bando (capitolato speciale d'appalto o disciplinare di

gara), a patto che in esso sia individuato un criterio certo per il reperimento degli stessi.

Ne consegue che quando la disciplina di gara, ancorché contenuta negli allegati al bando, viene modificata, la variazione dev'essere resa nota mediante forme di pubblicità identiche a quelle prescritte per il bando stesso.

Il carattere sostanziale della modificazione della disciplina di gara introdotta dalla stazione appaltante, imponeva, poi, di assegnare ai concorrenti un nuovo termine per presentare offerta, non inferiore a quello minimo prescritto dall'art. 6, 1° comma del D. Lgs. 24/7/1992 n° 358.

La domanda impugnatoria va, quindi, accolta, mentre restano assorbite le ulteriori censure prospettate.

La domanda tendente ad ottenere che sia dichiarata la "nullità, o l'inefficacia, o la caducazione automatica" del contratto stipulato sulla base dell'annullata aggiudicazione, non può, invece, trovare accoglimento, non risultando dimostrato che la stipula del medesimo sia effettivamente intervenuta.

Quanto alla domanda risarcitoria, va dichiarata inammissibile quella rivolta ad ottenere la reintegrazione in forma specifica.

La pronuncia domandata si risolverebbe nell'accertamento del contenuto dell'attività amministrativa da porre in essere a seguito dell'annullamento e in un conseguente ordine di facere all'amministrazione. Ma, come è stato autorevolmente affermato, in "base della disciplina vigente non appare ... ammissibile una domanda tesa nella sostanza ad ordinare all'amministrazione l'emanazione di provvedimenti amministrativi, anche

se di carattere vincolato ...”, tanto più laddove la situazione soggettiva azionata si configuri come interesse legittimo pretensivo (cfr., Cons. Stato, VI sez., 18/6/2002 n° 3338 T.A.R. Sardegna 6/5/2003 n° 543).

La domanda di risarcimento per equivalente va, invece, rigettata, in quanto totalmente sfornita di prova sotto il profilo della sussistenza e dell’entità dei danni che la ricorrente assume di aver subito a causa dell’attività posta in essere dalla stazione appaltante.

Le spese seguono la parziale soccombenza e sono liquidate come in dispositivo nei confronti dell’amministrazione resistente, mentre possono essere compensate nei riguardi della Ferrania.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE PRIMA

Riunisce i ricorsi in epigrafe ed accoglie la domanda impugnatoria con i medesimi proposta, per l’effetto annullando l’impugnato atto di aggiudicazione definitiva.

Rigetta la domanda di accertamento proposta con ambedue i ricorsi.

In parte dichiara inammissibile ed in parte rigetta, secondo quanto specificato in motivazione, la domanda risarcitoria parimenti proposta coi medesimi ricorsi.

Condanna l’amministrazione intimata al pagamento di parte delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidandole forfettariamente in complessivi € 2.500/00 (duemilacinquecento) oltre I.V.A. e C.P.A. nella misura di legge. Compensa le suddette spese nei confronti della controinteressata costituita.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, in Camera di Consiglio, il 15/4/2004 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei Signori:

Paolo Turco,	Presidente;
Manfredo Atzeni,	Consigliere;
Alessandro Maggio,	Consigliere – estensore.

Depositata in segreteria oggi: 4 maggio 2004

Il Segretario generale f.f.