

Non può negarsi il potere della Commissione di gara di riesaminare, nell'esercizio del potere di autotutela, il procedimento di gara già espletato, riaprendolo per emendarlo da errori commessi o da illegittimità verificatesi, in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente. Il Rup non può sostituirsi ad essa nella valutazione dell'offerta tecnica.

Pubblicato il 25/09/2018

N. 00906/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00749/2018 REG.RIC.



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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 749 del 2018, proposto da Diapath S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Pennacchio, Domenico Pennacchio e Gianluca Pennacchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio-Sanitaria Territoriale (Asst) Bergamo Ovest, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Leica Microsystems S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Corrado Diaco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (A.S.S.T.) di Bergamo Ovest n.967 del 25.6.18, con la quale è stata annullata l'aggiudicazione definitiva, disposta in favore della ricorrente con precedente Deliberazione n.317 del 22.2.18, della procedura di gara avente ad oggetto la “fornitura di un processore per tessuti biologici occorrente al Servizio di Anatomia ed Istologia Patologica dell'Ospedale di Treviglio” e, nel contempo, affidata la medesima commessa in favore di Leica Microsystems s.r.l.;

- della nota a firma del Dirigente dell'U.O.S. Gestione Acquisti – Provveditorato Economato prot.n.20978/18 del 27/06/2018, con la quale è stato trasmesso il provvedimento sub A);

- di tutti gli atti istruttori preordinati alla disposta revoca tra i quali, precipuamente:

-- la nota a firma del Direttore del Servizio di Ingegneria Clinica del 23.4.18, recante giudizio di pretesa non corrispondenza dello strumento offerto rispetto alle caratteristiche minime previste dal Capitolato Speciale d'Appalto;

-- la nota prot.n.18144 del 31/05/2018 recante, ai sensi dell'art.7 della L.n.241/90, comunicazione di avvio del procedimento preordinato alla revoca della disposta aggiudicazione;

-- la nota a firma del Dirigente dell'U.O.S. Gestione Acquisti – Provveditorato Economato prot.n.13275 del 19/04/18 recante richiesta di chiarimenti in ordine alla proposta di aggiornamento tecnologico prodotta dalla ricorrente;

-- la Lettera d'Invito del 10/07/17, con tutti i relativi allegati, ivi compreso il Capitolato Speciale d'Appalto, laddove giustificativi della adottata determinazione;

NONCHE' PER LA DECLARATORIA

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nelle more della decisione della presente controversia, tra l'A.S.S.T. Bergamo Ovest e la controinteressata Leica Microsystems s.r.l. ovvero con soggetto comunque diverso dalla odierna ricorrente;

NONCHE' PER LA DECLARATORIA

del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della causa del merito, anche per la parte residua.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale (Asst) Bergamo Ovest e della società Leica Microsystems S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 la dott.ssa Mara Bertagnoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm e ravvisati i presupposti per la definizione del ricorso con sentenza in forma semplificata;

La ricorrente si è aggiudicata la gara per la fornitura di un processatore per tessuti biologici occorrente al Servizio di Anatomia ed Istologia Patologica dell'Ospedale di Treviglio, sulla scorta di un capitolato speciale che prevedeva, tra gli altri requisiti minimi essenziali, che la fornitura rispondesse alla seguente descrizione:

“7. Ai fini della sicurezza e protezione del personale utilizzatore, si richiede un'apparecchiatura dotata di filtri dell'aria in uscita, sistema automatico di aspirazione dei vapori all'apertura della camera e accorgimenti tali da richiedere un numero ridotto di operazioni manuali da parte degli operatori nella sostituzione dei reagenti, carico/scarico solventi e scarico paraffina senza travasi;”.

Il successivo art. 5, inoltre, prevedeva: *“Eventuali variazioni nelle caratteristiche dell'apparecchiatura proposta che dovessero intervenire nel periodo di validità del contratto,*

dovranno essere approvate dal Responsabile del Servizio interessato e non comportare costi aggiuntivi.

La Ditta potrà proporre all'ASST di sostituire — ferme restando le condizioni stabilite nella gara ed al punto precedente - nuovi prodotti, apparecchiature e accessori analoghi a quelli oggetto della fornitura, che presentino caratteristiche di rendimento e funzionalità.

La Colonna e gli strumenti a corredo dovranno essere dell'ultimo modello prodotto.

La Ditta aggiudicataria si impegna a fornire ogni eventuale miglioria strumentale, tecnica ed informatica che dovesse rendersi disponibile in corso di contratto ed a sostituire l'apparecchiatura offerta se dovesse uscire di produzione con quella di nuova fabbricazione.

Nel caso in cui, durante il periodo contrattuale, si registrasse da parte della Ditta aggiudicataria la comparsa sul mercato di prodotti e/o materiali con caratteristiche radicalmente innovative o migliorative rispetto a quelli aggiudicati, con la stessa Ditta aggiudicataria si concorderà la fornitura dei nuovi prodotti, in sostituzione di quelli aggiudicati, alle medesime condizioni economiche.”.

Nel corso della seduta preordinata alla verifica della regolarità delle offerte, la Commissione tecnica di gara ha affermato che “Tutte le Società concorrenti propongono apparecchiature a pavimento e circuito chiuso, dotata di display touchscreen in materiale resistente ai solventi, capacità operativa di circa 300 microcassette per ciclo, con possibilità di processare anche macrocassette. Le apparecchiature sono dotate di sistemi di sicurezza e protezione per operatore e campione, oltre che sistema di allarmi visivi e sonori. Sono disponibili diversi protocolli di processazione e viene offerta la possibilità all'utilizzatore di memorizzare protocolli personalizzati. Il software installato sulle apparecchiature è in lingua italiana”. Nella seduta successiva la commissione ha verbalizzato che “L'apparecchiatura proposta dalla Società Diapath S.p.A. è dotata del sistema di blocco del coperchio e del sistema aspirazione automatica della camera e dell'alloggio per le taniche, completo di filtri. L'apparecchiatura utilizza taniche di reagente di tipo proprietario preriempite con aggancio rapido. E' previsto il riempimento/svuotamento delle taniche attraverso una porta esterna di spillamento. Il coperchio è

scaldato per evitare condensa e produzione di vapori tossici. I sistemi di protezione e sicurezza proposti dalla Società Diapath S.p.A. sono nel complesso buoni, pertanto la Commissione propone di assegnare un coefficiente pari ad 0,75 per un punteggio di 10,5.”.

Nel rispetto della clausola di adeguamento tecnologico di cui al citato art.5 del C.S.A, dopo l'aggiudicazione la Diapath spa, con nota prot.n.GK 199-1/BM del 5/4/18, ha proposto alla stazione appaltante, a parità di prezzo, un nuovo strumento, evoluzione di quello offerto, in quanto corredato di un sistema di aspirazione dei vapori ulteriore rispetto a quello che già caratterizzava il processatore nella sua versione originaria.

L'uso di espressioni non esplicite nel descrivere il nuovo sistema di aspirazione come aggiuntivo rispetto a uno già esistente ha, però, indotto il RUP della stazione appaltante a richiedere chiarimenti, in esito ai quali l'odierna ricorrente ha precisato che “entrambi i processatori erano dotati del prescritto requisito minimo di gara, ovvero di un “sistema automatico di aspirazione dei vapori”, rivenendosi, quale unica e non sostanziale diversità, la differente modalità operativa di tale sistema di aspirazione” (così il ricorso a pag. 8): nel primo prodotto offerto, la aerazione era attivata dal basso al termine dello scarico del reagente (ovvero appena dopo la conclusione della fase di processazione) con rimozione dei residui gassosi conseguenti all'incubazione del reagente. Nel prodotto proposto in aggiornamento (Donatello Series 2) l'aspirazione, oltre che nella modalità sopra descritta, è implementata con l'attivazione di una ventola all'apertura della camera. In entrambi i casi si sarebbe, comunque, in presenza di un “sistema automatico di aspirazione dei vapori”, ovvero del requisito contemplato dall'art.2 del C.S.A..

Nonostante tali precisazioni, la stazione appaltante, nella persona del RUP, dopo aver richiesto il parere di un esperto esterno, ha ritenuto che il prodotto offerto fosse privo del requisito richiesto e cioè del “sistema automatico di aspirazione dei vapori” e ha revocato l'aggiudicazione all'odierna ricorrente, disponendola a favore

della controinteressata, mediante l'adozione di provvedimenti affetti, secondo quanto dedotto in ricorso, dai seguenti vizi di legge:

1. violazione dell'art. 2 del capitolato speciale, carenza di motivazione e violazione del giusto procedimento, poiché la procedura di verifica dei requisiti sarebbe stata condotta senza il coinvolgimento della commissione di gara, dal responsabile del Servizio Ingegneria Clinica, già membro della commissione stessa. Coinvolgimento reso ancor più necessario dal fatto che la modifica del prodotto sarebbe da qualificarsi come implementativa del sistema giudicato idoneo dalla commissione;
2. violazione dell'art. 2 del capitolato speciale, carenza di motivazione per assoluta carenza di presupposti, data la piena aderenza del prodotto offerto ai requisiti richiesti: la sussistenza del requisito del sistema "automatico" che escluda il contatto dei vapori e/o fumi della processazione con l'operatore e che intervenga alla fine della relativa fase, non sarebbe assolutamente contestabile;
3. violazione e falsa applicazione dell'art. 82 del d. lgs. 50/2016, eccesso di potere e sviamento: una previsione di gara che postuli un sistema di aspirazione che debba necessariamente attivarsi contestualmente "all'apertura" della camera di processazione integrerebbe un requisito assolutamente illogico e sproporzionato rispetto alle esigenze perseguite, nonché ingiustificatamente gravoso per i partecipanti.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, sostenendo che, alla luce dell'offerta migliorativa effettuata dopo l'aggiudicazione, sarebbe emerso come l'offerta in gara non possedesse l'elemento essenziale del "sistema automatico di aspirazione dei vapori all'apertura della camera" e ciò sarebbe stato legittimamente rilevato dal RUP. In ogni caso non sarebbe ravvisabile l'illegittimità della *lex specialis*, peraltro, nel caso tardivamente impugnata, per contrasto con l'art. 83, comma 2 laddove dovesse ritenersi che il requisito in questione dovesse essere qualificato come essenziale all'atto della presentazione dell'offerta.

Secondo la difesa dell'Azienda sanitaria, l'infondatezza del ricorso, comunque inammissibile per l'operare dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/90, sarebbe dimostrata dal fatto che il provvedimento impugnato si fonderebbe su quella che essa definisce la "dichiarazione confessoria" dell'odierna ricorrente che, schematicamente, ha indicato il prodotto "Donatello" come caratterizzato da "Camera di processo non aspirata" e il "Donatello 2", come dotato di camera di processo con aspirazione dedicata che si attiva all'apertura, dotata di filtro a carboni attivi intercambiabile.

Invero, ritiene il Collegio che l'improvvida schematizzazione non sia sufficiente a giustificare la revoca dell'aggiudicazione, a fronte di una difficile lettura dei documenti di gara, che ha addirittura indotto il RUP ad acquisire un parere terzo, per le ragioni che si andranno a chiarire nel prosieguo.

Non prima, però, di aver provveduto all'esame dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, fondata dall'ASSL sull'asserita applicabilità alla fattispecie della teoria dei vizi non invalidanti, dal momento che quello compiuto sarebbe un mero accertamento tecnico, privo di discrezionalità, la cui illegittimità, per ciò stesso, non potrebbe comunque condurre all'annullamento ex art. 21 *octies* citato.

In relazione a ciò appare innanzitutto necessario chiarire che, nel caso di specie, non ricorrono le condizioni di applicabilità né della prima parte del secondo comma di tale norma, né della seconda parte del secondo comma, espressamente correlata alla presenza del solo vizio della mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, non ravvisabile nel caso di specie e la cui estensione analogica in presenza di altri vizi formali, operata negli anni dalla giurisprudenza, non potrebbe in alcun modo arrivare fino a comprendere l'ipotesi in cui l'atto sia affetto da incompetenza relativa, dal momento che, in assenza di una ratifica da parte dell'organo competente non potrebbe comunque affermarsi che il provvedimento

non avrebbe potuto avere contenuto diverso, così come, invece, richiesto dalla disposizione in commento.

Diventa, dunque, essenziale stabilire se il RUP fosse o meno titolare non tanto del potere di adottare la revoca impugnata, quanto di ravvisare i presupposti per l'implicita esclusione dalla gara della ricorrente e la sua aggiudicazione alla controinteressata, dal momento che l'eventuale incompetenza non potrebbe essere superata alla luce della teoria dei vizi non invalidanti, nemmeno in ragione di quanto previsto dalla prima parte del secondo comma dell'art. 21 *octies* in parola, in quanto quello censurato non può comunque essere qualificato come un atto dovuto.

La revoca dell'aggiudicazione, infatti, sarebbe qualificabile come atto dovuto solo se fosse oggettivamente dimostrata la carenza di un requisito ritenuto essenziale per l'ammissibilità dell'offerta, oggettivamente rilevabile dal RUP.

È pur vero che, in applicazione di quella stessa giurisprudenza invocata da parte resistente (Consiglio di Stato, sentenza n. 742/2017), secondo cui la revoca del provvedimento spetta allo stesso soggetto che ha adottato l'atto di primo grado, nel caso di gara, colui che può procedere al ritiro degli atti è lo stesso soggetto che ha disposto l'aggiudicazione e, dunque, nel caso in esame, il Dirigente dell'Ufficio Comune di ARO 7/BA, ma ciò può accadere *tout court* se il vizio dell'atto di primo grado sia imputabile alla sfera di competenza dello stesso, mentre, in caso contrario, ciò presuppone la rimessione della verifica della legittimità della fase viziata all'organo competente al suo espletamento.

Nella fattispecie in esame, l'illegittima aggiudicazione sarebbe derivata da un errore della commissione tecnica che, secondo il RUP, avrebbe equivocato sull'offerta tecnica della Diapath, ritenendo che il prodotto offerto possedesse tutti i requisiti essenziali richiesti e, in particolare, un "sistema automatico di aspirazione dei

vapori” che, invece, non avrebbe corredato il processore “Donatello”, ma solo la sua successiva evoluzione, sviluppata nelle more dell’aggiudicazione.

Considerato che la commissione tecnica, nel proprio verbale, afferma il contrario, a fronte del dubbio emerso dopo l’aggiudicazione, il RUP, anziché chiedere un parere terzo per confutare l’affermazione della commissione tecnica, avrebbe dovuto riconvocare quest’ultima per il rinnovo dell’attività.

Se, infatti, il giudizio è, nella fisiologia del procedimento di gara, demandato alla Commissione, che deve accertare il possesso del requisito e attribuire il relativo punteggio, il *contrarius actus* non può che essere demandato alla Commissione stessa, che deve procedere al rinnovo della valutazione.

Diversamente opinando, quel giudizio che ha condotto a ritenere ammissibile l’offerta da parte della Commissione tecnica, a tal fine appositamente costituita, finirebbe per essere sostituito da un giudizio personale del RUP, che avrebbe così superato la discrezionalità tecnica esercitata dalla Commissione nel ritenere che il sistema di aspirazione mediante pressione verso il basso dei gas, conglobati nel sistema di aerazione, previo passaggio nei filtri (attivata dunque dal basso), descritto negli atti di gara fosse idoneo a integrare quel sistema automatico di aspirazione richiesto dalla *lex specialis* di gara. E che di discrezionalità tecnica e non di mero accertamento del requisito si tratti pare confermato dal fatto che ciò che è contestato non è l’assenza del sistema descritto, ma la possibilità di ricondurlo al concetto di sistema di aspirazione automatica. Possibilità sussistente a fronte della generica descrizione del requisito richiesto, derivante dalla mancata specificazione delle modalità secondo cui l’aspirazione doveva essere garantita.

Tutto quanto sin qui rappresentato vale, in primo luogo, ad escludere che l’atto impugnato fosse un atto dovuto, non essendo oggettiva e comprovata la sussistenza del presupposto, ovvero l’effettiva carenza del requisito richiesto, ma conduce anche a ravvisare la illegittimità della revoca disposta dal RUP, in quanto

soggetto non competente, non all'adozione dell'atto di secondo grado in sé, ma all'accertamento della sussistenza del presupposto oggettivo/tecnico per farne discendere le ulteriori conseguenze in ordine alla definizione della gara.

La censurata revoca dell'aggiudicazione risulta, dunque, illegittima per la dedotta carenza del presupposto essenziale, il cui accertamento avrebbe dovuto essere compiuto dalla Commissione tecnica all'uopo riconvocata, sì da consentire alla stessa la valutazione dell'ammissibilità dell'offerta alla luce di quanto successivamente emerso.

Conseguentemente il provvedimento impugnato deve essere annullato, ancorché nella sola parte in cui, dopo aver disposto la revoca dell'aggiudicazione definitiva, il RUP, al di fuori dei poteri propri di tale organo, ha ritenuto che sussistessero i presupposti per l'esclusione della ricorrente dalla gara e per l'aggiudicazione alla controinteressata.

A fronte della sussistenza del dubbio circa il possesso del requisito tecnico minimo di cui si controverte, infatti, il RUP avrebbe dovuto annullare l'aggiudicazione a favore di Diapath s.p.a., riconvocare la commissione di gara per verificare, in sede di autotutela, se l'offerta di tale concorrente fosse stata legittimamente ammessa o avrebbe dovuto essere esclusa e solo in quest'ultimo caso avrebbe potuto disporre l'esclusione dalla gara della ricorrente e l'aggiudicazione alla controinteressata.

Come chiarito dal giudice d'appello, infatti, non può negarsi il potere della Commissione di gara di riesaminare, nell'esercizio del potere di autotutela, il procedimento di gara già espletato, riaprendolo per emendarlo da errori commessi o da illegittimità verificatesi, in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente (Consiglio di Stato, sez. III, 11/01/2018 n. 136): potere il cui esercizio richiedeva la previa revoca dell'aggiudicazione definitiva, proprio per creare le condizioni necessarie alla

rinnovazione della fase del procedimento riconducibile alla specifica competenza della Commissione tecnica, che dovrà, quindi, provvedervi.

Data la natura interpretativa della questione dedotta e formale del rilevato vizio di incompetenza, le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnoli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnoli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO