

N. 05038/2009 REG.DEC.

N. 05351/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 5351 del 2008, proposto dalla società Becton Dickinson Italia s.p.a., con sede in Buccinasco, in persona del consigliere delegato, ragioniere Giuseppe Bonfanti, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Masetti, Guido Salvadori Del Prato e Giorgio Della Valle, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, piazza Mazzini, n. 8;

contro

l'Azienda Ospedaliera Universitaria "San Martino", costituitasi in giudizio in persona del direttore generale facente funzioni, dottoressa Roberta Serena, rappresentata e difesa dall'Avv. Piergiorgio Alberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Carducci, n. 4;

nei confronti di

della società Interconsult S.r.l., con sede in Caravaggio, costituitasi in giudizio in persona del signor Giorgio Franzosi, rappresentata e difesa dagli avv. ti Carlo Maria Muscolo, Francesco Tassone e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, via Mercalli, n. 13;

per la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale della Liguria, I Sezione, n. 1220, in data 4 giugno 2008, concernente: gara per fornitura di provette sottovuoto, controllo qualità e arredi.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliera Universitaria "San Martino" e della società Interconsult s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2009 il consigliere Cesare Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

1. Con bando del 1° agosto 2007, l'Azienda Ospedaliera San Martino indisse una procedura aperta in un unico lotto per la fornitura di provette sottovuoto per sangue e urina, di un sistema di controllo della qualità del laboratorio di analisi e di arredi destinati al nuovo centro prelievi. L'importo presunto della fornitura era determinato in € 5.720.000,00, di cui € 3.600.000,00 per le provette sangue, € 1.020.000,00 per le provette urine, € 1.020.000,00 per il sistema di controllo di qualità ed € 80.000,00 per gli arredi. Il termine di presentazione delle offerte veniva fissato al 21 settembre 2007 e quello della loro apertura al successivo 25 settembre.

1.1. Il bando e gli altri atti della procedura furono impugnati al Tar della Liguria dalla società Becton Dickinson, sull'assunto che la previsione di un unico lotto comprendente beni eterogenei (i fabbricanti di provette non forniscono nè controlli di qualità, nè arredi), accompagnata dal divieto di subappalto e di costituzione di associazioni temporanee di imprese (ATI) "orizzontali", le impediva di fatto la possibilità di presentare un'offerta valida.

2. Con decreto presidenziale del 21 settembre 2007 fu accolta l'istanza di misure cautelari e sospesa l'efficacia degli atti di gara.

2.1. Alla camera di consiglio del 27 settembre 2007 l'Ente Ospedaliero produsse la delibera n. 2327 del 25 settembre 2007 con la quale, sulla scorta di ulteriori indagini effettuate, era stata modificata la lex specialis della gara, nel senso di consentire il subappalto in misura non superiore al 30% nonché la partecipazione anche di ATI orizzontali. Fu, altresì riformulata la griglia di valutazione delle offerte, modificandone i punteggi. Contestualmente furono riaperti i termini di presentazione delle offerte.

2.2. Con la sentenza in forma semplificata emessa nella stessa camera di consiglio, il Collegio dichiarò improcedibile il ricorso, per sopravvenuta carenza di interesse, dopo le modifiche apportate dall'Azienda Ospedaliera.

3. Le anzidette modificazioni della lex specialis di gara furono pubblicate il 6 ottobre 2007 sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica e della Comunità, con fissazione del nuovo termine di presentazione delle offerte al 30 ottobre 2007. La seduta pubblica per l'apertura delle offerte avvenne il successivo 5 novembre 2007, giusta la comunicazione nel sito internet dell'Azienda ospedaliera.

4. La società Becton Dickinson, poi esclusa dalla gara per insufficienza dell'offerta, ha censurato il nuovo procedimento con tre motivi di illegittimità: il primo, per l'inosservanza del termine minimo di 52 giorni che l'art. 70 del D.Lgs. 163/2006 prescrive debba intercorrere tra la data di pubblicazione del bando e la data di presentazione delle offerte; il secondo per l'ingiustificato

accorpamento in un unico lotto di forniture e servizi eterogenei; il terzo per una illogica ripartizione del punteggio tecnico, avendo la stazione appaltante attribuito il medesimo "peso" (27% del punteggio tecnico) a forniture (provette e controlli di qualità) che dal punto di vista economico sono tra loro in rapporto quantitativo di 1 a 5 (rispettivamente sistema di qualità € 1.020.000,00 e provette € 4.620.000,00), spostando così ingiustificatamente il criterio di scelta in favore della parte minore della fornitura a tutto vantaggio dell'unico fornitore del sistema richiesto e del concorrente che si è accaparrato la sua collaborazione (Interconsult risultato poi aggiudicatario della gara).

5. Dopo il rigetto della domanda cautelare alla camera di consiglio del 15 novembre 2007, la stazione appaltante ha proceduto all'apertura dei plichi degli unici due concorrenti (Becton Dickinson ed Interconsult in associazione con Biorad) che erano ammessi alla successiva fase di valutazione. Il 29 febbraio 2008 fu data lettura dei punteggi tecnici attribuiti ai concorrenti e dato luogo all'apertura delle buste economiche. In tale occasione fu comunicata alla ricorrente l'esclusione dalla procedura per insufficienza dell'offerta tecnica sotto il profilo del controllo di qualità e l'accettazione dell'offerta di Interconsult che proponeva tale servizio avvalendosi della società Biorad. Dopo l'apertura dell'offerta economica la contro interessata risultò aggiudicataria provvisoria della fornitura.

5.1. Nel confronti dell'esclusione, furono prodotti motivi aggiunti di ricorso, nei cui riguardi fu eccepita l'inammissibilità per difetto di notifica all'aggiudicataria provvisoria. Il contraddittorio fu quindi esteso anche ad Interconsult.

5.2. Con ulteriori motivi aggiunti, la società Becton Dickinson ha dedotto: 1) l'illegittimità derivata dei nuovi provvedimenti; 2) la violazione dell'art. 7 del disciplinare per non avere la commissione di gara attribuito alcun punteggio all'offerta tecnica presentata da Interconsult, rendendo così incerta l'ammissibilità dell'unica offerta rimasta in gara; 3) la violazione degli artt. 86 e 87 del decreto legislativo n. 163 del 2006, contenente il codice dei contratti pubblici, per mancata attribuzione del punteggio tecnico che rendeva incerta l'ammissibilità dell'offerta dell'aggiudicataria anche sotto il profilo della sua eventuale anomalia.

5.3. Con successivi motivi aggiunti è stata impugnata l'aggiudicazione definitiva ad Interconsult, di cui alla deliberazione n. 930 del 31 marzo 2008.

6. Con la decisione n. 1220 del 4 giugno 2008, il ricorso proposto da Becton Dickinson è stato rigettato ed il ricorso incidentale proposto dalla contro interessata dichiarato improcedibile.

6.1. Il tribunale amministrativo regionale non ha riscontrato nell'azione svolta dalla stazione appaltante i presupposti cui ancorare la rettifica sostanziale del bando cui è collegata l'applicazione del termine minimo previsto dall'art. 70, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006, ritenendo che la modifica alla lex specialis, nel senso di consentire il subappalto in misura non superiore al 30%; e la partecipazione anche di ATI orizzontali, fosse insita negli artt. 118 e 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006, anche in mancanza di apposita previsione nel bando di gara. Ad avviso del tribunale amministrativo adito, non era configurabile una vera e propria rettifica, bensì una ipotesi di informazione complementare insuscettibile di influire sui termini di presentazione delle offerte. La stessa ricorrente, del resto non avrebbe dimostrato che il più breve termine di ventisei giorni anziché di cinquantadue le aveva precluso di ricorrere al subappalto o di partecipare in ATI orizzontale.

6.2. Delle altre censure appuntate dalla società ricorrente, è stata rigettata quella inerente l'illegittimità della richiesta della fornitura delle provette e del sistema di controllo complementare, essendo la connessione funzionale fra le prestazioni intrinseca al sistema di controllo

complementare ed è stata ritenuta inammissibile quella riguardante le modalità di riparto dei pesi tra gli elementi di valutazione delle offerte tecniche.

7. La sentenza è appellata dalla società da Becton Dickinson per tra distinti motivi di violazione dell'art. 70 del D.Lgs. n. 163 del 2006 in relazione alla novità sostanziale delle modificazioni alla lex specialis (assenza della preclusione a presentare l'offerta per le ATI orizzontali e del divieto del subappalto delle forniture delle provette e del sistema di qualità), di violazione dell'art. 2, co. 1 e 68, co. 2 dello stesso decreto legislativo in relazione all'estraneità sostanziale fra la fornitura delle provette e dei controlli di qualità e di ingiustizia manifesta, in relazione alla griglia dei punteggi che attribuisce il medesimo peso a forniture ontologicamente diverse.

7.1. Si sono costituiti in giudizio l'Azienda Ospedaliera Universitaria "San Martino" e la società aggiudicataria Interconsult S.r.l.. L'Azienda Ospedaliera ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di valida procura e ne ha chiesto il rigetto. Anche la contro interessata Interconsult ha chiesto il rigetto dell'appello.

8. L'appello viene in decisione alla pubblica udienza del 4 maggio 2007.

## DIRITTO

1. E' impugnata la sentenza n. 1220 del 4 giugno 2008, con la quale il tribunale amministrativo regionale della Liguria ha respinto ricorso proposto dalla società Becton Dickinson nei confronti dell'aggiudicazione in favore della società Interconsult S.r.l. della procedura aperta in un unico lotto per la fornitura di provette sottovuoto per sangue e urina e di un sistema di controllo della qualità del laboratorio di analisi nonché di arredi da destinare al nuovo centro prelievi dell'Azienda Ospedaliera Universitaria San Martino di Genova.

1.1. Alla gara ha partecipato la società Becton Dickinson Italia, dopo che la stazione appaltante aveva proceduto alla modificazione del bando di gara, giusta la deliberazione del Direttore generale n. 2327 del 25 settembre 2007 ed il connesso avviso di rettifica.

1.2. Nella parte in cui permetteva la partecipazione ai soli raggruppamenti verticali di imprese ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (art. 3 del disciplinare) e consentiva il subappalto esclusivamente per la parte della fornitura relativa agli arredi, il disciplinare di gara era stato fatto segno di precedente, apposita impugnazione ad opera della società appellante. Il relativo ricorso n. 781/2007, era stato dichiarato improcedibile dal tribunale amministrativo regionale della Liguria con sentenza n. 1573 del 29 settembre 2007.

1.3. Espletata la gara, la società Becton Dickinson, ammessa a partecipare unitamente alla società Interconsult S.r.l., è stata esclusa nella seduta del 23 gennaio 2007, avendo la Commissione ritenuto non idonea l'offerta, perché priva del sistema di controllo della qualità espressamente richiesto dal disciplinare di gara. L'appalto è stato aggiudicato alla ditta Interconsult S.r.l. la cui offerta è stata ritenuta l'unica conforme, senza attribuirle alcun punteggio, trattandosi di unica concorrente rimasta in gara.

2. Precede l'esame del merito, la disamina dell'inammissibilità dell'atto di appello datato 16 giugno e notificato il 24 giugno 2008, per difetto di capacità processuale del rag. Giuseppe Bonfanti, nella qualità di amministratore della società Becton Dickinson, a sottoscrivere la procura in calce al ricorso.

2.1. Secondo la visura camerale della composizione societaria depositata in atti, il potere di “inoltrare ricorsi amministrativi ed appellare le decisioni” e di “agire e resistere in giudizio dinanzi a qualsivoglia autorità” è attribuito alla sola sig.ra Martha Christopoulou, nella qualità di presidente del Consiglio di amministrazione e di amministratore delegato della società stessa, e non al rag. Giuseppe Bonfanti.

2.2. L’eccezione è infondata.

2.3. In data 29 maggio 2009 la società appellante ha depositato copia autentica del verbale del Consiglio di amministrazione in data 14 ottobre 2008, con il quale si dà atto che, dal 7 novembre 2000 è stato sempre inteso conferire al rag. Bonfanti i poteri per la gestione di tutti i possibili rapporti in fase contenziosa connessi alla partecipazione a gare d’appalto tra i quali anche quello di promuovere giudizi nei confronti della p.a.. Nella medesima sede è stato addotto che il rag. Bonfanti ha “... sempre operato in tal senso anche promuovendo giudizi di fronte ad organi della giustizia amministrativa sottoscrivendo le relative deleghe ai difensori ...”. E’ stato altresì deliberato di ... “confermare che al consigliere, rag. Bonfanti è stato conferito, già a partire dal 7.11.2000 il potere di compiere ogni attività necessaria per la partecipazione a gare d’appalto per pubbliche forniture e per garantire il buon fine delle stesse, ivi compreso, quindi il potere di promuovere e resistere ad azioni anche nei confronti della pubblica amministrazione al fine di far valere diritti e interessi derivanti dalla partecipazione a dette gare conferendo, quale legale rappresentante, mandati ad avvocato, consulenti od altri professionisti ...”. Sono anche stati meglio precisati i poteri conferiti al rag. Bonfanti nel punto “DD” nell’elenco di cui alla deliberazione 23.01.2008 (e riportato nella visura camerale) nel senso di “... svolgere qualsiasi attività inerente le procedure di partecipazione a forniture ... allo stesso compete, altresì di promuovere e resistere ad azioni giudiziarie nei confronti della pubblica amministrazione aventi ad oggetto la tutela di diritti o di interessi della società derivanti da dette partecipazioni, nominando avvocati, consulenti o altri professionisti e conferendo agli stesso ogni potere legale”.

2.4. La conferma ad opera del Consiglio di amministrazione che al rag. Bonfanti era stato conferito sin dal 7 novembre 2000 il potere di promuovere o resistere ad azioni anche nei confronti della pubblica amministrazione, è sufficiente a concretare la capacità dello stesso a proporre appello in rappresentanza della società ai sensi dell’art. 75 c.p.c., attesa la preesistenza del potere rappresentativo al verbale in data 14 ottobre 2008, che della rappresentanza processuale del rag. Bonfanti ha valore meramente ricognitivo e non costitutivo, come è, invece, quello della ratifica dell’atto del falsus procurator con efficacia retroattiva (Cass. civile, I, 9 marzo 2005, n. 5175).

2.5. Conseguono la piena efficacia della procura rilasciata dal rag. Giuseppe Bonfanti, nella qualità di consigliere delegato e legale rappresentante di Becton Dickinson Italia s.p.a., a costituire il rapporto processuale, sin dal suo insorgere, perché la potestà rappresentativa del medesimo, ai sensi dell’art. 2384 c.c., era preesistente alla proposizione dell’appello, anche per quanto concerne la capacità di agire in giudizio.

2.6. E’ perciò da disattendere la necessità, dedotta dall’Azienda sanitaria appellata, della costituzione nel giudizio della sig.ra Martha Christopoulou, nella qualità di presidente del consiglio di amministrazione e di amministratore delegato della società stessa, ai sensi dell’art. 182 c.p.c. onde sanare il difetto di capacità rappresentativa retroattivamente e con riferimento a tutti gli atti processuali già compiuti. Ed è, analogamente, da disattendere l’eccezione d’inammissibilità dell’appello, avendo il verbale in data 14 ottobre 2008 valore meramente ricognitivo dei poteri di rappresentanza del rag. Bonfanti e non di ratifica, la cui efficacia sanante non si estende alle decadenze già verificatesi, a termini dell’art. 182 c.p.c. (Cass., I, 06 luglio 2007, n. 15304).

3. Nel merito l'appello è fondato.

3.1. Secondo il tribunale amministrativo regionale della Liguria, alla deliberazione del direttore generale n. 2327 del 25 settembre 2007, che consentiva il subappalto in misura non superiore al 30% e la partecipazione di ATI orizzontali, non poteva essere attribuito il valore di modificazione sostanziale della lex specialis di gara ma di mera informazione complementare, sia perché le condizioni di partecipazione erano implicitamente contenute nel bando, giusta gli artt. 118 e 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006, sia perché l'appellante non aveva dimostrato che il termine più lungo previsto dall'art. 70 del D.Lgs. n. 163 del 2006 le avrebbe consentito in concreto di ricorrere al subappalto o di partecipare ad ATI orizzontali.

3.2. Entrambe le proposizioni sono da disattendere.

4. Nel prescrivere espressamente che “saranno ammessi a partecipare alla gara, oltre che alle singole imprese, anche i raggruppamenti temporaneo di tipo verticale ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006”, l'art. 3 del disciplinare intendeva introdurre una disposizione limitativa e non certo ampliativa dei soggetti ammissibili: stando alle definizioni di raggruppamento verticale e orizzontale contenuto al comma secondo della disposizione citata, l'intento della stazione appaltante era di consentire l'ingresso dei soli raggruppamenti nei quali cui il mandatario eseguisse le prestazioni indicate come principali anche in termini economici e i mandanti quelle indicate come secondarie, con esclusione dei raggruppamenti in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.

4.1. Analogamente, nel precisare, all'art. 12 che “il subappalto è consentito esclusivamente per la parte della fornitura relativa agli arredi” il disciplinare ha inteso escludere la possibilità del subappalto per le altre prestazioni che componevano il lotto di gara, consistenti nella fornitura di provette sottovuoto per sangue e urina e del sistema di controllo della qualità del laboratorio di analisi. E ciò in deroga all'espressa disposizione dell'art. 118, co. 2, D.Lgs. n. 163 del 2008, secondo cui “tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo”.

4.3. Entrambe le clausole erano pertanto funzionali alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito dalla stazione appaltante, che ne denota l'essenzialità per la futura sistemazione di rapporti con l'aggiudicatario (arg. Cass., II, 7 novembre 1979, n. 5750), nel senso di limitare che potessero acquisire tale qualità soggetti privi di determinati requisiti organizzativi e strutturali. Incidendo sulla possibile platea dei soggetti ammissibili ambedue le clausole incidevano sul contenuto delle offerte e quindi, sulla “par condicio” delle imprese partecipanti (Cons. Stato, V 22 maggio 2001, n. 2830), come del resto ha riconosciuto lo stesso tribunale amministrativo regionale della Liguria nella precedente sentenza n. 1573 del 29 settembre 2007, che aveva dichiarato il sopravvenuto difetto d'interesse sul ricorso n. 781/2007, in esito al deposito da parte della stazione appaltante dell'atto dirigenziale (i.e. la deliberazione n. 2327 del 25 settembre 2007) ... “con cui il bando risulta modificato nella parti sostanziali contestate nel ricorso”.

4.4. Anche a prescindere dalla circostanza che la modificazione della lex specialis ha investito anche la griglia dei sub criteri di valutazione in precedenza indicata [cfr. punto c) dalla deliberazione n. 2327 del 25 settembre 2007], è perciò da escludere la possibilità di assimilare le anzidette modifiche a precisazioni meramente formali non incidenti sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti nella procedura di gara perché di solo completamento di documenti o dichiarazioni già atti oppure di chiarificazione e di incertezze o equivoci generati dalla ambiguità delle clausole del bando (Cons. Stato, V, 4 febbraio 2004 n. 364).

5. Dall'essenzialità della disposta modifica consegue il carattere di vera e propria rinnovazione della *lex specialis*, dell'avviso di parziale rettifica del bando di gara e riapertura dei termini disposto dalla stazione appaltante in esercizio della potestà di parziale annullamento degli atti di gara, mantenendosi validi ed efficaci quelli nei cui confronti non sussistano ragioni d'illegittimità (Cons. Stato, IV, 13 ottobre 1986, n. 664).

5.1. La riapertura del procedimento comportava l'obbligo di osservare il termine per la ricezione delle offerte, che a norma dell'art. 70, D.Lgs. n. 163/2006 non può essere inferiore a cinquantadue giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara.

5.2. La definizione legislativa del termine come "minimo", rispetto a quello maggiore che le stazioni appaltanti possono fissare per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, tenuto conto della complessità della prestazione e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte, rende irrilevante la prova che un arco di tempo più lungo dei ventisei giorni concessi, l'appellante avrebbe potuto in concreto di ricorrere al subappalto o di partecipare ad ATI orizzontali.

5.3. Nel determinare in cinquantadue giorni l'arco temporale fra la pubblicazione degli atti di gara e la ricezione delle domande, il legislatore ha inteso porre a carico delle stazioni appaltanti la prova della particolare urgenza o di particolari condizioni che avrebbero potuto, in astratto, consentire una deroga, che non emerge né dalla motivazione della succitata delibera dirigenziale n. 2327 del 25 settembre 2007 né dal successivo avviso di rettifica.

6. La censura accolta implica l'illegittimità in radice della gara così come espletata. Ha perciò carattere dirimente l'esame degli altri motivi che devono essere assorbiti.

6.1. L'appello deve essere conclusivamente accolto, e per l'effetto, va riformata la sentenza di primo grado ed accolto il ricorso originario, nei limiti e per le ragioni indicate in motivazione.

6.2. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in 5.000 euro, di cui 2000 per il giudizio di primo grado e 3000 per il grado d'appello, a carico solidale dell'Amministrazione e della società Interconsult.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla il bando di gara e l'aggiudicazione impugnati con il ricorso di primo grado.

Condanna l'Azienda ospedaliera e Interconsult s.r.l., in solido tra loro, al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura di cinquemila euro in favore dell'appellante Becton Dickinson Italia s.p.a..

Ordina all'azienda ospedaliera universitaria San Martino di dare esecuzione alla presente decisione .

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Raffaele Carboni, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere, Estensore

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Vito Poli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/08/2009

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

IL SEGRETARIO

# LAVORI PUBBLICI