

T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 22 dicembre 2010, n. 27994

Contratti della P.A. - Gara - Appalti di forniture - Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Modificazioni soggettive delle imprese partecipanti - Venir meno del requisito soggettivo previsto sia dalla legge che dal capitolato speciale - Violazione dell'art. 37, comma 9, del Codice dei contratti pubblici - Esclusione - Legittimità.

N. 27994/2010 REG.SEN.

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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 7194/09 R.G., proposto da:
Beckman Coulter S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.;

contro

Asl Napoli 1 Centro in persona del Direttore generale p.t.;

nei confronti di

Roche Diagnostics S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento

- del verbale 11.1318 del 16 novembre 2009 della Commissione di gara che recepisce il verbale del 4 novembre 2009 della Commissione tecnica e la relativa decisione di escludere la ricorrente dalla gara;

- del verbale della Commissione tecnica del 4 novembre 2009 che recepisce i pareri legali del 18.05.2009 e 16.10.2009 formulati dal Servizio Affari Legali dell'ASL Napoli 1 Centro e si perviene alla decisione di escludere la ricorrente dalla gara;
- dei pareri legati del 18.05.2009 e 16.10.2009 formulati dal Servizio Affari Legali dell'ASL Napoli 1 Centro;
- della nota del 2 dicembre 2009 n.725 di prot. con la quale l'ASL di Napoli afferma che l'esclusione dalla gara della ditta Beckman Coulter s.p.a. è avvenuta il 16.11.2009 e cioè nel momento in cui la Commissione di gara ha preso atto del verbale del 4 novembre 2009 della Commissione tecnica e degli allegati pareri legali;
- del verbale del 24.7.07 n.1280 di prot. con cui la Commissione di gara, nonostante la manifesta carenza dei requisiti richiesti dalla lex specialis di gara, ha ammesso alla procedura di gara per il lotto n.3 le ditte controinteressate;
- dell'ammissione alla gara della ditta SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTICS s.r.l.;
- della procedura di gara relativa al lotto 3 e dell'intera procedura di gara;
- e di ogni altro atto connesso e conseguente.- per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl Na 1 Centro e della Roche Diagnostics S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2010 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 5 luglio 2006 l'Azienda Locale Napoli 1 Centro indiceva una licitazione privata, divisa in 32 lotti, per la fornitura quinquennale di reagenti ad utilizzo dei laboratori di analisi e dei centri trasfusionali, gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla seduta del 24 luglio 2009, la commissione procedeva alla verifica della documentazione amministrativa presentata dalle imprese partecipanti, in particolare per il lotto 3 da cinque concorrenti, segnatamente DADE BEHRING s.p.a., A.T.I. tra OLYMPUS ITALIA E SIEMENS MEDICAL SOLUTION, ROCHE DIAGNOSTIC, A.T.I. tra BECKMAN COULTER e BIOSITE ed infine JOHNSON & JOHNSON MEDICAL s.p.a.

Successivamente all'ammissione delle concorrenti, si erano verificate alcune vicende modificative societarie, segnatamente la SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTIC aveva acquistato il 15 maggio 2008 la DADE BEHRING s.p.a. e in data 1° ottobre 2008 la SIEMENS MEDICAL SOLUTION, mentre la INVERNESS MEDICAL ITALIA s.r.l. aveva acquistato per fusione in data 1° gennaio 2009 la BIOSITE ed ancora la BECKMAN COULTER s.p.a. in data 3 agosto aveva rilevato il ramo d'azienda relativo all'attività diagnostica della OLYMPUS ITALIA s.r.l., circostanza comunicata alla stazione appaltante in data 5 agosto 2009, ai sensi dell'art. 116 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Alla seduta del 4 novembre 2009 la commissione rilevava, relativamente al lotto 3, che l'esistenza di tale fenomeno di concentrazione societaria l'aveva indotta a chiedere due pareri al Servizio Legale dell'Azienda, atti rilasciati i quali, in data 18 maggio 2009 e 16 ottobre 2009, dopo essersene recepito integralmente il contenuto, avevano determinato l'organo di gara ad escludere dalla procedura la SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTIC, l'A.T.I. tra OLYMPUS ITALIA e

SIEMENS MEDICAL SOLUTION, nonché la BECKMAN COULTER s.p.a. Nei predetti pareri, soprattutto in quello del 18 maggio 2009 – essendo il secondo confermativo del primo riguardo alla vicenda societaria che aveva interessato la BECKMAN COULTER s.p.a. comunicata in data 5 agosto 2009 - le descritte vicende societarie erano state ritenute causa del venir meno di uno dei requisiti soggettivi previsti sia dalla legge che dal capitolato speciale, nella parte si stabiliva che “non saranno ammesse offerte di ditte singole che partecipino contestualmente nello stesso allegato, anche come componenti di un raggruppamento di imprese”; tale violazione si prevedeva comportasse l’esclusione sia dell’impresa singola che dell’associazione temporanea che aveva partecipato contestualmente.

Alla successiva seduta del 16 novembre 2009 si dava lettura del verbale del 4 novembre 2009 e dei pareri legali allegati e le società SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTIC e BECKMAN COULTER s.p.a. chiedevano una sospensione del procedimento, onde formulare controdeduzioni e presentare un’istanza di accesso agli atti.

In data 30 novembre 2009 la BECKMAN COULTER s.p.a. con nota n. 1250/SL chiedeva all’ASL “ulteriore esplicita conferma che non sia avvenuta la sua esclusione e quella di SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTIC” e con nota n. 1257/SL del 1° dicembre 2009 evidenziava l’avvenuta decadenza in data 30 novembre 2009 dell’offerta della Olympus Italia s.r.l. per scadenza dei 180 giorni di validità dalla presentazione; nella medesima nota, comunque, non ne veniva confermata in ogni caso la validità.

Con nota del 2 dicembre 2009 l’Azienda riscontrava l’istanza del 30 novembre 2009 rilevando che in data 4 novembre 2009 la commissione nel recepire i pareri legali, aveva già escluso sia la BECKMAN COULTER s.p.a. che la SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTIC dalla gara.

Avverso la propria esclusione ed i relativi atti del procedimento proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la BECKMAN COULTER s.p.a. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente contestava l'illegittima applicazione al procedimento di gara - in primis quale vizio della lex specialis - della previgente normativa di cui D.P.R. n. 358/92, ormai abrogata e ratione temporis sostituita dalla normativa del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Con il secondo motivo veniva dedotta la mancata esclusione dalla gara delle altre concorrenti Roche Diagnostic, Johnson & Johnson, Dade Behring, Bayer Diagnostic e Siemens, in quanto nessuna di queste aveva reso una dichiarazione completa in merito all'assenza di cause di inammissibilità per tutti gli amministratori attualmente titolari del potere di rappresentanza e di quelli cessati dalla carica nel triennio, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Con la terza censura la ricorrente contestava la propria esclusione, in quanto avvenuta in violazione della disposizione di cui all'art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 che consente il subentro nella posizione di offerente, norma invece del tutto trascurata in sede di emissione del parere posto a supporto dell'atto impugnato.

Con la quarta censura la BECKMAN COULTER s.p.a. rilevava che la normativa di cui all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 non era stata applicata nemmeno agli lotti in cui si articolava la gara.

Si costituivano in giudizio la ASL Na 1 Centro e la controinteressata Roche Diagnostic s.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 10 febbraio 2010, con ordinanza n. 344/10, il Tribunale respingeva la domanda cautelare, provvedimento confermato in grado di appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 1831/10 del 23 aprile 2010.

Con deliberazione commissariale del 7 maggio 2010 n. 825, intanto, il lotto 3 veniva definitivamente aggiudicato alla Roche Diagnostic s.p.a.

All'udienza di discussione del 17 novembre 2010, in vista della quale le parti depositavano memorie conclusionali, il Tribunale tratteneva la causa per la decisione.

Deve innanzitutto essere esaminato il terzo motivo di impugnazione, con cui è stata contestata l'esclusione della ricorrente, assumendo tale profilo carattere pregiudiziale nell'economia dell'intera controversia.

A tal proposito, non può condividersi quanto affermato dalla BECKMAN COULTER s.p.a. nella memoria depositata il 6 novembre 2010, cioè che non vi fosse alcuna pluralità di offerte riconducibili a sé, a seguito della scadenza di quella della OLYMPUS ITALIA s.r.l. in data 30 novembre 2009, intervenuta in un tempo anteriore alla formale esclusione della ricorrente risalente al 1° dicembre 2009.

A parte che, in ogni caso era stata comunque consumata la violazione del divieto di offerte plurime, l'esclusione della BECKMAN COULTER s.p.a. è da farsi risalire alla seduta del 4 novembre 2009, come emerge dal contenuto del relativo verbale, nonché dalle considerazioni espresse dagli stessi procuratori delle imprese estromesse nella seduta del 16 novembre 2009; di analogo tenore è la nota della ASL del 2 dicembre 2009, in risposta ad una richiesta della ricorrente di conferma dell'avvenuta esclusione, nella cui parte finale espressamente l'estromissione è ricondotta alle operazioni di gara compiute nella seduta del 4 novembre 2009.

Pertanto, l'assunto della ricorrente risulta smentito in punto di fatto.

Quanto alla fondatezza delle specifiche contestazioni rivolte contro l'esclusione della ricorrente, va osservato che l'art. 37, comma 9 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, stabilisce che "salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede

di offerta”. Il comma successivo prevede che “l’inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto”.

Alla violazione di tale prescrizione conseguono dunque severe sanzioni comminate dalla norma, a riprova della particolare attenzione dedicata dal legislatore al principio di immutabilità della composizione soggettiva di alcune strutture organizzative complesse, in coerenza con il principio di tendenziale continua corrispondenza tra impresa partecipante, aggiudicataria e poi contraente.

Nella fattispecie, l'operazione societaria che aveva coinvolto la ricorrente e la concorrente OLYMPUS ITALIA s.r.l. nel corso del procedimento, ponendosi in aperto contrasto con la disciplina poc'anzi richiamata, giustifica pienamente l'adozione dell'impugnata misura espulsiva

Ancora, costituiva espressa previsione della lettera di invito, oltre a porsi come principio generale in materia di gare pubbliche, quale derivante dall'art. 37, settimo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, il divieto di presentazione di offerte plurime, che si verifica quando in un procedimento di gara più offerte sono riconducibili ad uno stesso soggetto; si tratta di una regola che, in quanto posta a tutela della par condicio, deve trovare applicazione non già limitatamente al momento di presentazione delle offerte, ma a tutta la durata del procedimento. Del resto, come già osservato dalla Sezione (T.A.R. Campania, Prima Sezione 26 maggio 2010 n. 6615), consentire che possano conservare validità offerte riconducibili - ab initio o anche a seguito di vicende successive - ad uno stesso soggetto, significa determinare incertezze anche in ordine all'effettiva proposta contrattuale formulata, non potendosi in alcun modo configurare una facoltà di scelta alternativa, né in capo all'offerente, tantomeno alla stazione appaltante.

Né si rivela utile ad inficiare la legittimità della determinazione di estromissione la disposizione invocata dalla ricorrente di cui all'art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, secondo cui “qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”.

Al riguardo, va osservato che la norma, in aderenza ad un generale principio di derivazione comunitaria, detta una disciplina di favore per le imprese concorrenti, salvaguardandone la partecipazione anche in presenza di vicende societarie che ne abbiano in qualche modo modificato la struttura. Ma nel consentire il subingresso del nuovo soggetto – nuovo, ma che conserva pur sempre tracce della sua originaria configurazione – l'art. 51 citato si limita ad esigere la verifica di sussistenza dei soli requisiti di partecipazione, generali e speciali, senza preoccuparsi di disciplinare un possibile effetto di sopravvenuta presenza di offerte plurime.

In realtà, tale difetto di previsione è solo apparente, dal momento che la pluralità delle offerte plurime rispetto all'evento modificativo disciplinato dall'art. 51 si pone come effetto ulteriore ed eventuale, la cui regolamentazione è da ricondursi al richiamato principio generale di divieto di cui all'art. 37, settimo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Ne consegue l'infondatezza della censura proposta, non rivelandosi l'art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 norma idonea a regolare la fattispecie oggetto di giudizio.

Negli stessi termini, nell'ambito della questione esaminata non ricorre alcun conflitto tra disciplina nazionale e principi comunitari in ordine alla libertà di iniziativa economica privata, dal momento che l'art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 fa espressamente salva la partecipazione alla gara del nuovo soggetto sorto dall'affitto, trasformazione, fusione o scissione, costituendo limite alla sua legittima permanenza nel procedimento unicamente un nuovo assetto organizzativo d'impresa che, assumendo su di sé la titolarità di più offerte, si ponga in aperto contrasto con l'altrettanto rilevante principio comunitario di par condicio.

Al rigetto della terza censura segue l'inammissibilità delle altre censure proposte.

Infatti, le ulteriori contestazioni in ordine all'esatta normativa da applicarsi alla gara, alla mancata esclusione delle altre concorrenti ed alla disparità di conduzione del procedimento del terzo lotto rispetto agli altri, ferma restando la validità dell'esclusione della ricorrente, devono ritenersi proposte da soggetto privo di legittimazione all'impugnazione e come tali inammissibili (Consiglio di Stato IV Sezione 26 novembre 2009 n. 7441; Consiglio di Stato VI Sezione 7 dicembre 2009 n. 7666; Consiglio di Stato Sezione IV, 26 novembre 2009 n. 7443). Al mancato accoglimento del ricorso segue l'infondatezza della domanda risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza, con condanna della ricorrente al relativo pagamento in favore dell'amministrazione resistente e della controinteressata Roche Diagnostic s.p.a. nella misura di €2.000,00(Duemila/00) per ciascuna.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, condannando la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore

dell'amministrazione resistente e della Roche Diagnostic s.p.a. nella misura di €2.000,00(Duemila/00) per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)