

**N. 05614/2013REG.PROV.COLL.  
N. 06083/2013 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6083 del 2013, proposto da:

DiaSorin s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Carlo Merani, dall'Avv. Antonella Borsero e dall'Avv. Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Saverio Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

***contro***

Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Alessandro Delle Donne e dall'Avv. Luciana Francioso, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Luciana Francioso in Roma, Viale Parioli, n. 54;

***nei confronti di***

Johnson & Johnson Medical s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Giorgio Della Valle e dall'Avv. Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso lo stesso Avv.

Giorgio Della Valle in Roma, Piazza Mazzini, n. 8 - Scala C;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00779/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di sistemi diagnostici di laboratorio – risarcimento dei danni – mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari e della Johnson & Johnson Medical s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Borsero, l'Avv. Francioso, per sé e per l'Avv. Delle Donne, nonché l'Avv. Salvadori Del Prato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla GURI del 25.5.2012 l'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari avviava una procedura aperta per l'aggiudicazione di 9 lotti per la fornitura di “*sistemi diagnostici per laboratorio di patologia clinica universitaria, immunoematologia e trasfusionale, microbiologia e virologia e laboratorio stabilimento Giovanni XXII*”, per la durata di 5 anni e per l'importo complessivo di € 12.028.470,00, IVA esclusa.

2. La fornitura veniva richiesta per la determinazione dei *test* da effettuare per ciascun lotto secondo le indicazioni contenute nell'Allegato 3 del

disciplinare di gara.

2.1. Il criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante per tutti i lotti, ad eccezione del lotto n. 4, veniva individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa in ragione di 50 punti al prezzo e 50 punti all'aspetto tecnico/qualitativo.

2.2. Il lotto 1, del valore d'asta di € 3.300.000,00, aveva ad oggetto la fornitura di *test* per l'effettuazione delle indagini sierologiche per epatite A, epatite B, epatite C, HIV 1-2.

2.3. All'esito dell'esame delle offerte economiche il seggio di gara individuava, nella seduta pubblica del 24.9.2012, come migliore offerta complessiva, sia sotto il profilo qualitativo che quello quantitativo, quella della DiaSorin s.p.a. con il punteggio totale di 91 punti, mentre al secondo posto della graduatoria provvisoria si posizionava la Johnson & Johnson s.p.a. con il punteggio totale di 85,85 punti.

2.4. Al termine della procedura di gara e, precisamente, nell'ultima seduta pubblica del 25.2.2013, l'Azienda decideva tuttavia di escludere l'offerta di DiaSorin s.p.a. con la motivazione che la proposta tecnica di questa risultava carente rispetto al quantitativo di *test* richiesti dalla *lex specialis* con riguardo agli analiti HBsAg e HBsAg di conferma.

2.5. Il 22.3.2013 la stazione appaltante comunicava l'esclusione di DiaSorin s.p.a. dalla gara e l'aggiudicazione provvisoria in favore di Johnson e Johnson s.p.a.

3. Con ricorso notificato il 27.3.2013 DiaSorin s.p.a. impugnava pertanto, avanti al T.A.R. Puglia, il provvedimento con il quale l'Azienda aveva ritenuto la sua offerta inammissibile, oltre a tutti gli atti presupposti e connessi, per sentirne dichiarare l'illegittimità, previa sospensione degli

effetti, articolando i seguenti motivi:

1) violazione della *lex specialis* nonché eccesso di potere per errore e travisamento; difetto di istruttoria, per aver l'Azienda richiesto dapprima nella medesima *lex specialis* 27.000 test ordinari e 500 di conferma, mentre aveva poi escluso DiaSorin s.p.a., che pure si era attenuta a tale prescrizione, per non aver presentato 27.500 *test* ordinari, sull'assunto che dei 27.000 *test* ordinari 500 avrebbero dovuto fornire i reagenti necessari all'utilizzo dei 500 *test* di conferma;

2) la violazione della *lex specialis* e dell'art. 83 del d. lgs. 163/2006 in quanto l'insufficiente numero di reagenti forniti da Diasorin s.p.a. non avrebbe dovuto condurre, comunque, alla sua esclusione, ma solo, e al più, all'attribuzione di un punteggio inferiore a quello effettivamente riconosciute, considerando che l'analita HBsAg di conferma non era considerato obbligatorio dalla medesima *lex specialis*.

3) l'eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, sotto altro profilo, per aver la stazione appaltante dato un'interpretazione della legge di gara del tutto contraddittoria, in quanto aveva dapprima ammesso l'offerta di DiaSorin s.p.a. per poi ritenerla inammissibile nell'ultima seduta pubblica di gara.

3.1. Diasorin s.p.a., con riserva di proporre motivi aggiunti, impugnava il provvedimento di esclusione dalla gara, i verbali di gara, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore di Johnson & Johnson s.p.a. nonché il provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 1 in favore di questa, ove fosse già intervenuto (e all'epoca non conosciuto).

4. Si costituiva in giudizio l'Azienda resistente, chiedendo il rigetto del ricorso.

5. L'11.4.2013 veniva comunicata a DiaSorin s.p.a. l'aggiudicazione definitiva della gara a Johnson & Johnson s.p.a., aggiudicazione che era *medio tempore* intervenuta l'8.4.2013.
6. Nella camera di consiglio del 23.4.2013, fissata per l'esame dell'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati, il T.A.R. Puglia, ritenuto di poter decidere la causa con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e sentite sul punto le parti, tratteneva la causa in decisione.
7. All'esito di tale camera di consiglio il T.A.R. Puglia, con sentenza n. 779 del 17.5.2013, rigettava il ricorso proposto da Diasorin s.p.a., osservando che, seguendo la tesi della ricorrente, si sarebbe dovuto ritenere che essa avesse offerto 500 *test* di conferma da scompularsi dai 27.000 *test* ordinari, così da non rispettare il requisito numerico richiesto dall'allegato 3 della *lex specialis*.
8. Avverso tale sentenza ha proposto appello DiaSorin s.p.a., lamentandone l'erroneità per aver questa erroneamente ritenuto la sua offerta non conforme alla *lex specialis* e per aver trascurato, comunque, che la mancanza degli analiti di conferma non avrebbe dovuto comportare la sua esclusione, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma.
9. Si è costituita l'appellata Azienda, resistendo all'avversario appello e ne ha dedotto sia l'improcedibilità, per aver DiaSorin s.p.a. omissa di impugnare l'aggiudicazione definitiva intervenuta l'8.4.2013, sia l'infondatezza nel merito.
10. Con ordinanza n. 3373 del 30.8.2013 veniva accolta l'istanza incidentale di sospensione, proposta dall'appellante.
11. Si costituiva successivamente anche Johnson & Johnson s.p.a., chiedendo in via preliminare di sospendere il presente giudizio, in quanto la

procedura di gara, relativamente al lotto 1, era stata impugnata da altro concorrente, Abbott s.p.a., avanti al T.A.R. Puglia, e nel merito associandosi all'eccezione di improcedibilità e alle censure di infondatezza dell'appello, già svolte dall'Azienda.

12. Le parti, in vista dell'udienza pubblica del 7.11.2013, depositavano memorie conclusionali e di replica.

13. Infine, alla pubblica udienza del 7.11.2013, il Collegio, udita la discussione dei difensori, ha trattenuto la causa in decisione.

14. Preliminarmente deve essere esaminata l'istanza di sospensione del presente giudizio formulata da Johnson & Johnson s.p.a., ai sensi dell'art. 295 c.p.a., per la pendenza di un giudizio proposto avanti al T.A.R. Puglia da altra concorrente, Abbott s.p.a., avverso gli atti di gara per ottenere l'annullamento della stessa.

15. L'istanza deve essere respinta perché non esiste un rapporto di pregiudizialità logico-giuridica tra la presente controversia, che ha ad oggetto l'esclusione di DiaSorin s.p.a. dalla gara, e le contestazioni mosse al suo regolare svolgimento da parte di altra concorrente, Abbott s.p.a., che ha impugnato gli atti di gara avanti al T.A.R. Puglia.

16. Non essendovi un nesso di pregiudizialità-dipendenza tra le questioni, oggetto del presente giudizio, e quelle, del tutto diverse, portate alla cognizione del T.A.R. pugliese, pertanto, difetta il presupposto previsto dall'art. 295 c.p.c. per disporre la sospensione necessaria del giudizio.

17. Il Collegio non ravvisa nemmeno ragioni di opportunità per disporre la sospensione facoltativa del giudizio, dato che il giudizio del T.A.R. pugliese, proprio per la diversità delle questioni, non può in alcun modo, nemmeno indiretto, influire sulle sorti del presente, che verte, come detto, sulla

correttezza dell'esclusione dell'odierna appellante dalla gara.

18. Ciò premesso, procedendo secondo l'ordine logico delle questioni, deve essere esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevato dalle parti appellate, le quali hanno dedotto che DiaSorin s.p.a. non ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara intervenuto nel corso del giudizio, in violazione dell'art. 120, comma 7, c.p.a.

19. Effettivamente rileva il Collegio che ciò non è avvenuto, benché DiaSorin s.p.a. avesse, già nel ricorso introduttivo, impugnato il “provvedimento di aggiudicazione definitiva”, ove fosse già intervenuto.

20. Ma tale provvedimento non era ancora intervenuto all'epoca in cui il ricorso fu notificato, essendo l'aggiudicazione definitiva sopraggiunta l'8.4.2013, e la stessa DiaSorin s.p.a. aveva fatto espressa riserva, nel ricorso originario, di proporre motivi aggiunti.

21. Sta di fatto che, intervenuta l'aggiudicazione definitiva, DiaSorin s.p.a. non l'ha impugnata con motivi aggiunti, come previsto dall'art. 120, comma 7, c.p.a., né ha richiesto, nella successiva camera di consiglio del 23.4.2013 avanti al T.A.R., di poter proporre motivi aggiunti, così evitando che il T.A.R. potesse assumere la causa in decisione con forma semplificata.

22. È indubbio quindi che, anche a voler accedere all'impostazione sostanzialistica che, in sede di sommaria delibazione e a soli fini cautelari, il Collegio ha ritenuto di voler seguire valorizzando l'impugnazione *ex ante* del provvedimento poi intervenuto, la mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, in violazione dell'art. 120, comma 7, c.p.a., e la mancata richiesta, al Collegio giudicante di prime cure, di un rinvio per proporre motivi aggiunti, siccome invece previsto dall'art. 60 c.p.a., ha

determinato l'improcedibilità del ricorso proposto in prime cure, peraltro non rilevata dal primo giudice, e ora del proposto appello, che non arrecherebbe utilità alcuna all'odierna appellante, stante l'intangibilità dell'aggiudicazione definitiva non contestata.

23. Ritiene comunque il Collegio, al di là di tale assorbente rilievo, di dover comunque esaminare, per esigenza di giustizia sostanziale, anche nel merito le censure svolte dall'appellante.

24. Tali censure devono essere disattese.

25. Sebbene la condotta dell'Amministrazione, che ha dapprima ammesso l'offerta tecnica di DiaSorin s.p.a. per poi escluderla solo nell'ultima seduta pubblica di gara, non sia scevra da ambiguità e da ripensamenti che avrebbero potuto essere auspicabilmente evitati sin dal principio, anche alla stregua di un principio di buona fede, come già il Collegio ha osservato in sede di ordinanza cautelare, deve tuttavia osservarsi, ad un più approfondito esame della questione in sede di merito, che DiaSorin s.p.a. non ha rispettato i requisiti minimi richiesti dalla *lex specialis* e che correttamente, per quanto in ultimo, è stata esclusa dalla gara.

26. La *lex specialis* prescriveva, infatti, che le concorrenti offrissero 27.000 test ordinari di HBsAg nonché 500 test HBsAg di conferma.

27. Appare al riguardo dirimente osservare come l'allegato 3 del Capitolato Speciale d'appalto abbia previsto, a p. 2, che *“nell’offerta dovranno essere compresi i reagenti necessari per la determinazione degli analiti richiesti nonché tutti i materiali necessari alla esecuzione delle analisi ed alla corretta gestione della strumentazione”* e che *“alle suddette esigenze analitiche va aggiunto quanto necessario per l’esecuzione delle calibrazioni, dei controlli per la validazione strumentale e dei controlli di qualità interni da dichiarare in sede di offerta in funzione di attività*



*settimanale di sei giorni lavorativi”.*

28. Come risulta dal verbale del 6.2.2013, tuttavia, la Commissione ha rilevato che DiaSorin s.p.a. *“offre [...] solo uno dei due reagenti necessari (quello neutralizzante) non facendo alcun riferimento all'altro reagente ugualmente indispensabile per l'esecuzione de test HbsAg di conferma”.*

29. In altri termini DiaSorin s.p.a. ha voluto inserire – e ciò del resto la stessa appellante sostiene e deduce a conforto della propria censura – tra i 27.000 *test* HBsAg ordinari anche i 500 *test* contenenti il reagente necessario all'esecuzione dei 500 *test* HBsAg di conferma, che pure ha presentato.

30. La Commissione ne ha tratto la corretta conclusione che l'offerta tecnica presentata da DiaSorin s.p.a. non possa considerarsi completamente esaustiva, in quanto non offre complessivamente una quantità di reagente sufficiente a garantire l'esecuzione della totalità dei *test* da essa stessa proposti.

31. Non va sottaciuto, a tal riguardo, che la Commissione ha riscontrato come la stessa DiaSorin s.p.a., nella propria offerta tecnica, avesse dichiarato di offrire *“un sistema multiparametrico in grado di eseguire il 100% degli analiti richiesti”*, mentre così non è stato, perché, per eseguire i 500 *test* di conferma offerti, si sarebbero dovuti impiegare i reagenti contenuti in 500 dei 27.000 *test* ordinari presentati, reagenti senza i quali i *test* di conferma, contenenti il solo reagente neutralizzante, non avrebbero potuto essere validamente eseguiti.

32. Ne risulta, incontestabilmente, che l'offerta di DiaSorin s.p.a., proprio per tale motivo tecnico-scientifico, era incompleta, comportando *ipso facto* l'utilizzo di soli 26.500 *test* ordinari, come pure ha ritenuto, seppur con una

sintesi non del tutto chiarificatrice, il primo giudice.

33. DiaSorin s.p.a., impresa specializzata del settore, ben poteva e doveva interpretare le previsioni del bando, nella loro completezza e sistematicità, alla luce del loro preciso significato tecnico, non potendo contestare il rilievo che i concorrenti dovevano offrire 27.000 test HBsAg, 500 *test* HbsAg di conferma e gli ulteriori *test* HBsAg necessari per effettuare tale ultima analisi di conferma, senza i quali non sarebbe stato possibile avvalersi dei *test* di conferma richiesti.

34. Ritiene il Collegio, in ciò rivedendo il giudizio provvisoriamente e sommariamente espresso in sede cautelare, alla luce di una più approfondita disamina, nel merito, della complessa materia tecnica, che questo era l'unica interpretazione ragionevolmente attendibile e scientificamente evincibile dal complesso di tutte le previsioni della *lex specialis*, secondo buona fede, da un operatore del settore.

35. Proprio la pretesa di sottrarre tali *test* necessari all'esecuzione di quelli di conferma al numero di quelli ordinari, che scenderebbe così a 26.500, dimostra l'incompletezza dell'offerta tecnica di DiaSorin s.p.a., che è stata correttamente esclusa dalla Commissione.

36. Né vale replicare, come fa l'appellante sviluppando il secondo motivo di censura, che il giudice di prime cure avrebbe del tutto trascurato, incorrendo in un vizio di omessa pronuncia, la doglianza secondo cui la mancanza dei *test* HBsAg di conferma non avrebbe potuto essere sanzionata con l'esclusione, non essendo tali *test* di conferma previsti obbligatoriamente, ma, al più, con la decurtazione di due punti tecnici, sicché essa si sarebbe dovuta comunque legittimamente aggiudicare l'appalto in questione.

37. Trascura così l'appellante di considerare che, se è vero, come essa ha sostenuto con il primo motivo di censura sopra disaminato, che per effettuare le analisi di conferma, pur non obbligatoriamente richieste, ma comunque offerte da DiaSorin s.p.a., occorre usare 500 dei 27.000 *test* HBsAg, ciò altro non poteva comportare e significare che l'offerta dell'appellante mancava dei reattivi necessari ad eseguire tutti i 27.000 *test* HBsAg ordinari, invece obbligatori, poiché a questi dovevano sottrarsi i suddetti 500 *test*.

38. Ma l'incompletezza e l'incertezza dell'offerta tecnica, quanto ai 27.000 *test* HBsAg ordinari, è sanzionata dalla *lex specialis* con l'esclusione, poiché, ai fini dell'ammissione, i concorrenti dovevano necessariamente offrire i *test* HBsAg previsti nell'allegato 3.

39. Essendo tale offerta incompleta e, comunque, ambiguamente formulata, proprio per le ragioni esposte e in violazione dei requisiti minimi previsti dalla *lex specialis*, correttamente la Commissione ha escluso la proposta dell'odierna appellante anziché procedere, come essa pretende, all'assegnazione di un minor punteggio.

40. La sentenza di prime cure, benché sia rimasta silente su tale specifica censura, merita quindi anche per tale riguardo conferma.

41. Ne segue che, per tutti gli esposti motivi, l'appello, al di là della sua improcedibilità, debba essere respinto nel merito, non apparendo illegittimo né erroneo l'operato della stazione appaltante, siccome ha ritenuto anche il primo giudice.

41.1. Tutti i rilievi mossi dall'appellante al *modus operandi* della stazione – non scevro, come detto, da ambiguità e da ripensamenti – per quanto condivisibili nel metodo, risultano quindi infondati nel merito, avendo essa

correttamente proceduto all'esclusione di DiaSorin s.p.a.

42. Le spese del presente grado di giudizio, attesa la complessità tecnica della questione, devono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza). definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2013

IL SEGRETARIO

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

