



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1300 del 2016, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Draeger Medical Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Carboni,
domiciliato presso la Segreteria del Tribunale in Torino, corso Stati Uniti, 45;

contro

Azienda Ospedaliera Nazionale SS. Antonio e Biagio e Cesare Arrigo, rappresentata
e difesa dagli avv.ti Francesco Dal Piaz e Roberta Ricagni, con domicilio eletto
presso il primo in Torino, via S. Agostino, 12;

nei confronti di

3B s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Scaparone e Cinzia Picco, con
domicilio eletto presso il loro studio in Torino, via S. Francesco d'Assisi, 14;
Maquet Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Attili, Luigi Gili,
Enrico Sisti, Antonio Pavan, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Gili in Torino,
via Vela, 29;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione e di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, pronunciata in data 24 agosto 2016 in favore di Draeger Medical Italia s.p.a., nella procedura aperta per la fornitura di sistemi per anestesia e relativo monitoraggio, occorrenti alle sale operatorie del Presidio dell'Azienda Sanitaria Ospedaliera di Alessandria, comunicato al rappresentante alla seduta del seggio di gara del 21 novembre 2016;
- di tutti i verbali delle sedute della commissione giudicatrice;
- della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Ospedaliera di Alessandria n. 109 del 27 gennaio 2017, con la quale è stata aggiudicata all'a.t.i. 3B s.r.l. e Maquet Italia s.p.a. la procedura aperta per la fornitura di sistemi per anestesia e relativo monitoraggio, pubblicata in data 31 gennaio 2017, non comunicata alla ricorrente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2017 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Verificata l'integrità del contraddittorio ed avvisate le parti, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto di poter decidere con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 120 cod. proc. amm.;

Premesso, in fatto:

che la Draeger Medical Italia s.p.a. ha partecipato alla procedura aperta per l'appalto quinquennale di fornitura di sistemi per anestesia e relativo monitoraggio occorrenti alle sale operatorie del Presidio dell'Azienda Sanitaria Ospedaliera di Alessandria,

indetta con bando del 9 ottobre 2015, di importo complessivo pari ad euro 860.000,00;

che la ricorrente è risultata migliore offerente, nella seduta pubblica del 24 agosto 2016;

che la stazione appaltante, con il provvedimento impugnato in via principale, ha disposto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e l'esclusione della ricorrente;

che, in corso di causa, l'appalto è stato definitivamente aggiudicato all'a.t.i. 3B s.r.l. e Maquet Italia s.p.a., con provvedimento impugnato mediante motivi aggiunti;

Ritenuto, in diritto:

che la decisione di esclusione è correttamente motivata e legittima, con riferimento a quanto prescritto dall'art. 8 del capitolato di gara, poiché la ricorrente ha esibito, in sede di prova pratica, un prodotto parzialmente diverso rispetto a quello originariamente offerto;

che, stando alla documentazione presentata in gara dalla società ricorrente, non vi è stata alcuna certezza circa il modulo che la stessa intendeva effettivamente offrire (quello presentato nel "demo" e nella successiva prova pratica - modulo MS32641 - è differente rispetto a quello - modulo 7870947 - offerto in gara);

che l'art. 8 del capitolato di gara, non impugnato, prescrive: "ciascuna ditta si impegna, a pena di esclusione, all'effettuazione di una prova dell'apparecchiatura offerta presso l'Azienda Sanitaria Ospedaliera di Alessandria, oppure all'organizzazione di una visione guidata dell'apparecchiatura offerta, installata e funzionante presso un'altra azienda sanitaria";

che, nel corso della successiva istruttoria, la ricorrente non ha prodotto la documentazione tecnica idonea a dimostrare quanto asserito nel ricorso, ovvero che, nelle more della procedura, l'azienda produttrice avrebbe attribuito al dispositivo indicato nell'offerta economica (codice 7870947) un diverso numero identificativo (codice MS32641): infatti, la dichiarazione resa dal produttore Dragerwerk AG &

Co in data 28 ottobre 2016 attesta unicamente che il modello consegnato in prova (codice MS32641) è databile al 21 ottobre 2015 e non anche che esso corrisponde al prodotto indicato nell'offerta economica (codice 7870947);

che peraltro la stazione appaltante aveva espresso il fondato dubbio che il modulo offerto (codice 7870947) possedesse le caratteristiche essenziali richieste dal capitolato, in specie se operasse in modalità "microstream" oppure "mainstream", vista l'incertezza derivante dalla consultazione dei manuali d'uso allegati all'offerta;

che, infine, l'apparecchiatura offerta (modulo 7870947) e l'apparecchiatura consegnata in prova (modulo MS32641) corrispondono a due modelli registrati presso la Banca Dati del Ministero della Salute con diversa denominazione commerciale, data di immissione in commercio e data di prima pubblicazione;

che, per quanto detto, il ricorso originario è infondato e va respinto;

che i motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'unica concorrente rimasta in gara, l'a.t.i. 3B s.r.l. e Maquet Italia s.p.a., sono inammissibili per difetto d'interesse;

che, in tal senso, anche la più recente giurisprudenza ha ribadito che è inammissibile l'impugnativa proposta dall'impresa che sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestarne gli esiti, giacché il suo è un interesse di mero fatto, non diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non avrebbe titolo a impugnarne gli atti, pur essendo portatore di un interesse alla caducazione dell'intera procedura al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della stessa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016 n. 4180; Id., sez. IV, 20 aprile 2016 n. 1560);

che la compatibilità di tale orientamento con i principi del diritto europeo ha trovato conferma nella pronuncia recente della Corte di Giustizia, resa su vicenda del tutto

analoga, ove si è statuito: l'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, con una decisione dell'amministrazione divenuta definitiva, sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario ed il primo sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa (Corte Giust. UE, sent. 21 dicembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft*);

Ritenuto, in conclusione, di dover in parte respingere ed in parte dichiarare inammissibile il ricorso in epigrafe, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali nella misura indicata in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile.

Condanna la Draeger Medical Italia s.p.a. al pagamento delle spese processuali in favore dell'Azienda Ospedaliera SS. Antonio e Biagio e Cesare Arrigo, della 3B s.r.l. e della Maquet Italia s.p.a., a ciascuna nella misura di euro 4.000,00 (oltre i.v.a., c.p.a. ed accessori di legge).

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere, Estensore

Paola Malanetto, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Savio Picone

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO