**N. 00658/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 00722/2011 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 722 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Fujifilm Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Sabino Persichella e Fulvia Campari, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Principe Amedeo, 197;

*contro*

Azienda Sanitaria Locale BAT, rappresentata e difesa dall’avv. Alessandro Delle Donne, con domicilio eletto presso l’avv. Alfredo Mele in Bari, via Abate Gimma, 231;

*nei confronti di*

Philips s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Valter Cassola e Giuseppe Miccolis, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, corso Cavour, 156;

*per l'annullamento*

della deliberazione del Commissario Straordinario della Azienda Sanitaria Locale BAT n. 225 del 16 febbraio 2011, recante aggiudicazione definitiva a Philips s.p.a. dell’appalto avente ad oggetto la fornitura e l’installazione di 7 sistemi di radiografia digitale diretta (lotto A della procedura aperta indetta con bando spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. il 10 maggio 2010);

nonché, con motivi aggiunti, della deliberazione del Commissario Straordinario della Azienda Sanitaria Locale BAT n. 977 del 27 giugno 2011, recante annullamento d’ufficio della stessa gara, ai fini della indizione di una nuova procedura ristretta accelerata per l’aggiudicazione della fornitura;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale BAT e di Philips s.p.a.;

Viste le memorie difensive ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Sabino Persichella, Massimo Ingravalle (per delega di Alessandro Delle Donne) e Valter Cassola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso originario la Fujifilm Italia s.p.a., seconda classificata nel lotto A della procedura aperta indetta dall’Azienda Sanitaria Locale BAT (con bando spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. il 10 maggio 2010) per la fornitura e l’installazione di 7 sistemi di radiografia digitale diretta, impugna l’aggiudicazione definitiva dell’appalto a Philips s.p.a., deducendo motivi così riassumibili:

1) violazione dei principi di trasparenza e pubblicità, violazione dell’art. 97 Cost. e violazione dell’art. 32 del capitolato speciale: la commissione di gara avrebbe illegittimamente aperto in seduta riservata le buste contenenti l’offerta tecnica;

2) violazione dell’art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del principio di collegialità e violazione dell’art. 32 del capitolato speciale: la valutazione delle offerte tecniche sarebbe stata effettuata soltanto da tre dei cinque membri della commissione giudicatrice;

3) sotto diverso profilo, violazione dei principi di trasparenza e pubblicità e violazione dell’art. 32 del capitolato speciale: la commissione di gara avrebbe illegittimamente assegnato in seduta riservata i punteggi relativi alle offerte economiche;

4) violazione dei principi in tema di custodia dei plichi contenenti le offerte: la commissione non avrebbe dato atto, nei verbali, delle cautele assunte per la conservazione degli atti di gara;

5) violazione del principio di concentrazione e continuità della gara: le sedute della commissione giudicatrice si sarebbero protratte ingiustificatamente per quattro mesi e mezzo;

6) violazione dell’art. 70 del d.lgs. n. 163 del 2006: il termine per l’invio delle offerte, previsto dal bando, sarebbe inferiore a quello minimo di ottanta giorni previsto dalla legge.

Si sono costituite l’Azienda Sanitaria Locale BAT e Philips s.p.a., chiedendo il rigetto del ricorso.

La domanda di sospensiva è stata accolta con ordinanza di questa sezione n. 399 del 5 maggio 2011, così motivata in ordine al *fumus*: “…*Considerato che i primi tre motivi del ricorso principale appaiono fondati, alla luce dei documenti versati in giudizio e dei verbali di gara, in quanto: l’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche è stata effettuata in seduta riservata (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856); l’attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche è stata deliberata da tre commissari su cinque, in violazione del principio di collegialità; la valutazione delle offerte economiche è stata parzialmente effettuata in seduta riservata*”.

Nel frattempo la controinteressata Philips s.p.a. ha notificato ricorso incidentale, volto a dimostrare l’illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale, per motivi così rubricati:

I) violazione dell’art. 7 e dell’appendice n. 1 del capitolato speciale: la Fujifilm Italia s.p.a. avrebbe offerto un sistema operativo privo di *CD-R Media Exchange*, richiesto dal capitolato quale caratteristica minima del prodotto;

II) violazione dell’art. 17 del capitolato speciale: la Fujifilm Italia s.p.a. non avrebbe indicato, nell’offerta, la denominazione del sub-appaltatore per l’attività di installazione e manutenzione preventiva;

III) violazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006: la Fujifilm Italia s.p.a. non avrebbe giustificato la mancata allegazione della dichiarazione degli amministratori cessato dalla carica nel triennio;

IV) violazione degli artt. 16 e 26 del capitolato speciale: il documento di garanzia prodotto dalla Fujifilm Italia s.p.a. conterrebbe un numero considerevole di esclusioni della copertura, non consentite dal capitolato.

La ricorrente principale ha, a sua volta, proposto motivi aggiunti con i quali ha denunciato ulteriori vizi dell’aggiudicazione alla Philips s.p.a., così riassumibili:

7) violazione degli artt. 25 e 30 del capitolato speciale: nessuna delle dichiarazioni sostitutive sottoscritte dagli amministratori dell’aggiudicataria recherebbe la menzione dell’assenza di condanne di cui all’art. 32-quater del codice penale;

8) violazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006: sarebbero incomplete le dichiarazioni sottoscritte da due amministratori cessati dalla carica nel triennio, Robert Martijnse e Ivo Paolo Di Benedetto;

9) sotto diverso profilo, violazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006: sarebbe stata omessa ogni dichiarazione relativa agli amministratori della Philips Medical Systems s.p.a., società incorporata da Phlips s.p.a. con decorrenza 1 ottobre 2009.

Con ordinanza di questa Sezione n. 507 del 9 giugno 2011, è stata confermata la sospensione cautelare dell’aggiudicazione, sulla base della seguente motivazione: “…*Ritenuto che i motivi aggiunti proposti da Fujifilm Italia s.p.a. non appaiono prima facie fondati, in relazione all’asserita incompletezza delle dichiarazioni rese dagli amministratori dell’aggiudicataria; Ritenuto altresì che il ricorso incidentale non è sorretto da fumus, poiché: l’offerta tecnica della ricorrente ha previsto una classe di servizio migliorativa rispetto a DICOM CD-R Media Exchange; la ricorrente ha individuato il subappaltatore per l’esecuzione della manutenzione, in conformità a quanto prescritto dall’art. 17 del capitolato di gara (cfr. doc. 14 e 15); l’amministratore delegato della ricorrente ha ritualmente dichiarato l’assenza di cause ostative anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio; l’art. 26 del capitolato di gara prevedeva l’esclusione (facoltativa) per la sola ipotesi della mancata produzione, nella busta B, del documento di garanzia; Ritenuto, per quanto detto, di dover confermare la sospensione degli effetti dell’aggiudicazione definitiva, già disposta con l’ordinanza n. 399 del 5 maggio 2011, per la presenza di vizi che inficiano l’intera procedura di gara*”.

A ciò è seguita la decisione dell’Amministrazione di annullare in autotutela il procedimento di gara. Con deliberazione commissariale n. 977 del 27 giugno 2011, ravvisata l’esistenza di vizi di legittimità idonei ad inficiare l’intera procedura, l’Azienda sanitaria ha annullato l’aggiudicazione dell’appalto alla Philips s.p.a. ed ha disposto l’avvio di una procedura ristretta accelerata per l’affidamento della fornitura.

Avverso tale provvedimento la ricorrente principale Fujifilm Italia s.p.a. ha proposto ulteriori motivi aggiunti, chiedendone l’annullamento per profili così riassumibili:

1) eccesso di potere per sviamento: l’Amministrazione avrebbe ingiustamente annullato la gara, senza attendere l’esito del giudizio pendente, al solo scopo di neutralizzare le censure mosse non soltanto in relazione al regolare svolgimento della procedura, ma anche in ordine alla mancata esclusione dell’aggiudicataria Philips s.p.a.;

2) violazione dell’art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990: il provvedimento di annullamento non recherebbe alcuna motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico che possano giustificare l’esercizio dell’autotutela ed agli interessi delle imprese concorrenti;

3) violazione dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990: l’Amministrazione avrebbe dovuto comunicare l’avvio del procedimento di autotutela;

4) eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità: l’annullamento in autotutela dell’intera procedura non sarebbe giustificabile, tenuto conto del breve tempo necessario per la definizione del giudizio pendente.

L’istanza cautelare avanzata con gli ultimi motivi aggiunti è stata respinta, con ordinanza di questa Sezione n. 816 del 6 ottobre 2011.

Le parti hanno svolto difese conclusive in vista della pubblica udienza del 22 febbraio 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Devono prioritariamente esaminarsi gli ultimi motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale Fujifilm Italia s.p.a., con i quali viene impugnata la deliberazione commissariale n. 977 del 27 giugno 2011, recante l’annullamento in autotutela dell’intera procedura di gara di cui si controverte.

Nella premessa della delibera si dà atto dell’avvenuto accoglimento dell’istanza cautelare da parte di questa Sezione (ordinanze n. 399 del 5 maggio 2011 e n. 507 del 9 giugno 2011), per la presenza di “*vizi che inficiano l’intera procedura, relativamente all’attività svolta dalla commissione giudicatrice*”, e si afferma di volervi prestare immediata acquiescenza, condividendone le motivazioni.

Come esposto in narrativa, l’aggiudicazione definitiva era stata sospesa in sede cautelare per la concorrenza di tre profili di illegittimità:

- l’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche è stata effettuata in seduta riservata;

- l’attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche è stata deliberata da tre commissari su cinque, in violazione del principio di collegialità;

- la valutazione delle offerte economiche è stata effettuata, in parte, in seduta riservata.

2. Su tali presupposti, le censure avanzate dalla Fujifilm Italia s.p.a. sono infondate.

L’Azienda sanitaria ha correttamente disposto l’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione dell’appalto e dell’intera procedura di gara, dopo aver preso atto della pronuncia cautelare di questo Tribunale (resa proprio in accoglimento dell’istanza della ricorrente) che affermava, con sufficiente precisione, la sussistenza di molteplici vizi nello svolgimento delle operazioni di gara.

E’ noto il principio processuale secondo il quale, nel caso in cui il giudice amministrativo abbia sospeso in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l’Amministrazione si sia adeguata con un atto consequenziale al contenuto dell’ordinanza cautelare, non si configura la cessazione della materia del contendere quando l’adozione dell’atto consequenziale, con cui l’Amministrazione dà esecuzione all’ordinanza di sospensione, non sia spontanea e non comporti la revoca definitiva del precedente provvedimento impugnato; opposta è invece la conclusione nell’ipotesi in cui l’Amministrazione condivida a tal punto il contenuto della motivata ordinanza cautelare da ritirare in via non provvisoria il precedente provvedimento già sospeso, sostituendolo con un nuovo atto e senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2008 n. 3132; Id., sez. IV, 5 dicembre 2006 n. 7119).

2.1. È quanto è avvenuto nella fattispecie in esame, ove l’Azienda sanitaria ha ritenuto di non dover attendere l’esito dell’impugnativa proposta dall’impresa seconda classificata, per aver rilevato plurimi vizi di legittimità nella valutazione delle offerte tecnico-economiche.

Non vi è, ad avviso del Collegio, alcuno sviamento nell’esercizio del potere di autotutela, che anzi in simili circostanze costituisce attuazione virtuosa del principio costituzionale di buon andamento dell’azione amministrativa, volto com’è ad anticipare il prevedibile esito dell’impugnativa giurisdizionale ed a rimuovere d’ufficio e senza indugio le illegittimità riscontrate.

Né sussiste, in concreto, l’asserita violazione del principio di proporzionalità, avuto riguardo alla gravità degli *errores in procedendo* imputabili alla commissione di gara.

Sono perciò infondati la prima e la quarta censura degli ultimi motivi aggiunti.

2.2. Del pari infondato è il motivo con il quale la ricorrente lamenta violazione dell’art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e difetto di motivazione.

La delibera impugnata, invero, dà adeguatamente conto delle ragioni di interesse pubblico che giustificano l’esercizio dell’autotutela (tempi ristretti per la rinnovazione della gara ed esigenza di non perdere il finanziamento ottenuto sulla base di accordo di programma stipulato con la Regione Puglia), destinate *ex se* a prevalere sugli interessi delle imprese concorrenti, alle quali peraltro non sarà preclusa la partecipazione alla rinnovata procedura ristretta.

2.3. Infine, è infondato il motivo con cui la ricorrente deduce violazione dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990, per la mancata comunicazione di avvio del procedimento.

Nella fattispecie, infatti, le due concorrenti in lite (Philips s.p.a. e Fujifilm Italia s.p.a.) erano già state poste nelle condizioni di far valere le proprie argomentazioni in merito ai vizi del procedimento di gara, soprattutto attraverso le rispettive difese nel presente giudizio, cosicché sarebbe risultato verosimilmente superfluo un ulteriore invito al contraddittorio da parte della stazione appaltante, alla quale erano ormai note tutte le circostanze rilevanti ai fini della decisione.

3. In conclusione, i motivi aggiunti proposti da Fujifilm Italia s.p.a. avverso la deliberazione n. 977 del 27 giugno 2011 sono infondati.

L’accertata legittimità dell’annullamento in autotutela della gara rende improcedibili, per sopravvenuto difetto d’interesse, il ricorso originario ed i primi motivi aggiunti proposti da Fujifilm Italia s.p.a. ed il ricorso incidentale proposto da Philips s.p.a.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti, attesa la complessità della vicenda e la reciproca soccombenza verificatasi nella fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara improcedibile.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l’intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/04/2012

IL SEGRETARIO

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