

Massima: *l'impugnativa delle ammissioni o delle esclusioni delle offerte tecniche per il mancato rispetto degli standard di natura tecnico-produttivo o funzionale previsti dal Capitolato Speciale di gara non può che essere effettuata, ai sensi dell'art.120, comma 2 bis, ultimo periodo, del c.p.a., con riguardo all'aggiudicazione definitiva.*

Sentenza CONSIGLIO DI STATO n. 5568 del 28/09/2018



REPUBBLICA ITALIANA

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 2304 del 2018, proposto da Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Carlomagno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Nicodemo in Roma, via Tibullo n. 10;

contro

For Hospital S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Tretola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Tretola Studio Lombardo & Associati in Roma, via Taro n. 56;

nei confronti

Cair Italia S.r.l., Teva Italia S.r.l., Becton Dickinson Italia S.p.A., Regione Basilicata non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 00816/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di For Hospital S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Marco Di Lullo su delega di Domenico Carlomagno e Luigi Tretola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame l'Azienda Ospedaliera "San Carlo" di Potenza chiede la riforma della sentenza con cui il TAR ha annullato l'aggiudicazione della procedura aperta con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per l'affidamento del lotto 96 di una importo a base di gara di €195.000,00 riguardante la fornitura quinquennale di un *"sistema chiuso per il trasferimento – la miscelazione e la somministrazione di farmaci antiblastici, sistema composto: siringa termosaldata con camera interna di condinimento vapore (varie capacità) – adattatori per flaconi farmaci – tappo protezione trasporto – spike connettore iniezione e somm. con valvola antireflusso – spyke connettore prelievo senza valvola – connettore LL femmina e maschio"*.

La sentenza impugnata è fondata alla considerazione per cui:

-- l'offerta dell'aggiudicataria, nonché le offerte della seconda e della terza classificata, non avrebbero potuto essere ammesse alla gara perché non avrebbero posseduto i requisiti tecnici richiesti dalla stazione appaltante.

-- la possibilità di produrre offerte aventi caratteristiche equivalenti ai prodotti richiesti in sede di *lex specialis* di gara sarebbe stata surrettiziamente introdotta in sede di chiarimenti, mentre avrebbe dovuto costituire norma di gara;

-- nel caso erano inammissibili "offerte equivalenti".

L'appello è affidato alla denuncia di quattro rubriche di gravame relative all'errores in iudicando in ordine alla prova di resistenza, al difetto, erroneità e contraddittorietà della motivazione del principio di equivalenza ex art. 68 d.gs. 163 del 2006; alla validità dell'offerta tecnica; nonché violazione dei limiti della riserva di amministrazione e conseguente difetto assoluto di giurisdizione, ovvero eccesso di potere giurisdizionale e violazione dell'art. 111 della Cost. .

Con atto in data 29/03/18 si è costituita in giudizio la FOR HOSPITAL S.R.L. che, con memoria in data 17/04/18, ha confutato le tesi dell'appellante eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza dell'appello; con la successiva memoria per la discussione del 14/07/18 ha chiesto la declaratoria della cessata materia del contendere in quanto con Deliberazione n. 286 del 16.3.2018 del Commissario (con i poteri del Direttore Generale) dell'appellante Azienda Ospedaliera di Potenza è stata annullata l'impugnata aggiudicazione disposta in favore di Cair Italia S.r.l. (allegato n.1 alla produzione del 16/4/2018).

Chiamata all'udienza pubblica di discussione, uditi i difensori delle parti la causa è stato ritenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1.§. In linea preliminare devono esser esaminate le eccezioni preliminari sollevate dalla For Hospital S.r.l. .

1.§.1. Va disattesa la richiesta di declaratoria della cessazione della materia del contendere che sarebbe stata determinata dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Cair Italia S.r.l. adottata il 16.3.2018 e quindi successivamente alla notifica del presente appello avvenuto in data 9.3.2018.

Deve al contrario infatti rilevarsi che il predetto provvedimento è stata assunto in dichiarata ottemperanza della pronuncia qui appellata, come dimostra la sua motivazione che fa espresso riferimento all'appello *in itinere* avverso la predetta sentenza.

In presenza di una tale formale indicazione da parte della Azienda appellante è dunque evidente che il sopravvenuto annullamento dell'Azienda dell'aggiudicazione impugnata non costituisce una autonoma espressione di volontà dell'Azienda, ma un atto dovuto di esecuzione interinale della sentenza impugnata che, come tale, non determina quindi la cessazione della materia del contendere.

1.§.2. Può invece prescindere dall'esame delle restanti eccezioni in ragione dell'infondatezza nel merito dell'appello dell'Azienda Ospedaliera Regionale.

2.§. Nel merito il gravame va infatti respinto.

2.§.1. Assume l'appellante che la sentenza concluderebbe per l'inammissibilità delle offerte dell'aggiudicataria, della seconda e della terza classificata, senza tener conto che le questioni circa l'ammissibilità o la non ammissibilità dell'offerta e/o delle offerte avrebbero dovuto essere affrontate nell'ambito del rito super accelerato previsto dall'art. 120 comma 2 bis c.p.a. all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Sarebbe stata quindi inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività non potendo rimettere in discussione, ad aggiudicazione proclamata, la platea dei partecipanti.

Inoltre il TAR si sarebbe inammissibilmente pronunciato sull'ammissibilità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria che non sarebbe stata oggetto di ricorso, violando, quindi, ad un tempo il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e l'art. 120 c. 2 bis del c.p.a. .

L'assunto è privo di pregio.

A parte il profilo di inammissibilità eccepito dalla Difesa della controinteressata, per la quale non risulta che tale eccezione sia stata introdotta in primo grado, il motivo deve comunque essere respinto.

Nel caso in esame non sussiste infatti alcuna violazione dell'articolo 120 comma 2 bis del codice del processo amministrativo in quanto l'obbligo di impugnativa nel termine di decadenza di 30 giorni dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29 comma 1, del codice di contratti pubblici, concerne solo ed unicamente le esclusioni

e le ammissioni collegate “*all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico finanziaria tecnico professionali*”.

La norma concerne quindi solo ed esclusivamente il profilo soggettivo del concorrente e le sue capacità tecniche, economiche e funzionali.

Per contro, non appartengono affatto alla fase della verifica dei requisiti soggettivi le ammissioni e le esclusioni derivanti dalla non rispondenza tecnica dei progetti o dei prodotti proposti dai partecipanti.

Tale fase concerne infatti il profilo oggettivo dell’offerta, e sono una conseguenza di un giudizio di inadeguatezza o incompatibilità della proposta del concorrente con le prescrizioni del capitolato tecnico.

Si tratta di due momenti proceduralmente separati, successivi e differenti.

In conclusione, secondo le ordinarie regole generali in materia, l’impugnativa delle ammissioni o delle esclusioni delle offerte tecniche per il mancato rispetto degli standard di natura tecnico-produttivo o funzionale previsti dal Capitolato Speciale di gara non può che essere effettuata, ai sensi dell’art.120, comma 2 bis, ultimo periodo, del c.p.a., con riguardo all’aggiudicazione definitiva.

In tale scia ricostruttiva, si deve concludere che, con il ricorso di prime cure, è stata ritualmente impugnata l’aggiudicazione in favore di Cair Italia s.r.l., unitamente all’ammissione della Teva Italia, 2° classificata e della Becton Dickinson Italia S.p.A. (BD), 3° classificata.

2.§.2. Con il secondo motivo si censura l’erroneità della motivazione nella parte in cui il TAR Basilicata ha disatteso l’eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, che era stata sollevata dall’Amministrazione appaltante, in quanto la For Hospital S.r.l., 4° classificata, aveva chiesto che fosse dichiarata l’esclusione dalla gara degli offerenti che la precedevano ma non aveva fornito la prova di resistenza in ordine alla possibilità che all’esito di un giudizio tecnico svolto in ossequio alle norme di gara avrebbe ottenuto l’aggiudicazione.

La For Hospital S.r.l. avrebbe dovuto esplicitare le caratteristiche della propria proposta, raffrontarle con quelle dei concorrenti e quindi dimostrare che la propria offerta avrebbe meritato un punteggio più alto o una valutazione comparativamente migliore, e comunque tale da poterle far conseguire il risultato sperato (Cons. Stato Sez. III, 07-03-2016, n. 921) poiché la ricorrente avrebbe impugnato l’aggiudicazione e non l’ammissione dell’aggiudicataria.

Alla luce di quanto disposto dall’art. 120 c. 2 bis del c.p.a., l’odierno giudizio avrebbe potuto solo riguardare l’illegittimità della valutazione dell’offerta e non la relativa ammissibilità, poiché la ricorrente impugna l’aggiudicazione e non l’ammissione dell’aggiudicataria.

L’assunto non ha pregio giuridico.

Deve infatti rilevarsi che, come sarà meglio evidente anche in seguito, nel caso in esame, il ricorrente in primo grado non ha contestato la valutazione delle offerte delle imprese meglio classificate, ma la loro stessa ammissibilità al successivo confronto competitivo per incompatibilità tecnica delle stesse con le specifiche richieste dal capitolato speciale di gara.

In conseguenza, è dunque evidente che, l'eventuale accoglimento delle censure della ricorrente diretta avverso l'aggiudicataria con l'annullamento dell'ammissione delle offerte delle tre imprese collocate in una posizione peggiore nella graduatoria, comportava l'immediato subentro dell'appellante nell'affidamento della gara della stessa. Il che costituiva un effetto idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva diretta ed immediata utilità.

In definitiva, nel caso non essendo in discussione in tale ultimo caso l'esito del confronto competitivo, ma la contestazione dell'ammissione di tutte le altre imprese meglio classificate, non sussisteva in capo al deducente alcun onere di fornire la prova di resistenza in quanto impresa subentrante al primo posto della graduatoria.

2.§.3. Per ragioni di economia processuale devono essere esaminate congiuntamente la terza e la quarta rubrica che attengono ad un nucleo di censura sostanzialmente unico.

2.§.3.1. Con la terza rubrica si lamenta l'erroneità delle conclusioni del primo giudice nella parte in cui ha escluso l'applicazione del principio di equivalenza ex art. 68 d.gs. comma 13, D.lgs. n. 163/2006 ed ha affermato che la stazione appaltante – attraverso una risposta ad un quesito “*con specifico riferimento al lotto n. 96*” – avrebbe di fatto “*modificato così l'Allegato 1 del disciplinare di gara*”. Tale innovazione invece “*avrebbe potuto essere riformato esclusivamente con la pubblicazione di una nuova lex specialis di gara*”.

Al contrario, per l'appellante, l'art. 68 in questione, e i principi dalla stessa espressi (equivalenza, favor participations e concorrenza), hanno forza eterointegrante della legge di gara che, comunque, non potrebbe ridurre l'ambito di partecipazione definendo in senso restrittivo le qualità e le caratteristiche del bene oggetto di fornitura.

2.§.3.2. Con la quarta censura si lamenta che il Primo Giudice:

-- si sarebbe spinto perfino a compiere una comparazione tra le offerte, pronunciandosi oltre la domanda;

-- avrebbe sconfinato nella sfera del merito: l'indagine svolta non sarebbe rimasta relegata entro i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato ma sarebbe sfociata in un giudizio di merito in ordine alla non ammissibilità della offerta proposta dall'aggiudicataria ed avrebbe inesattamente affermato che le prime tre classificate avrebbero dovuto essere “*escluse dalla gara, atteso che avevano offerto presidi, che non consistevano in un “sistema chiuso, dotato di siringa termosaldata con camera interna di contenimento vapore.”*”

Il Giudice Amministrativo non avrebbe potuto fare diretta applicazione in sede giurisdizionale del principio di equivalenza, ammettendo o escludendo un'offerta, poiché in tal caso avrebbe violato la riserva di amministrazione e l'ambito della sua discrezionalità nel dettare la concreta regolamentazione della gara.

2.§.3.3. L'assunto è complessivamente privo di pregio.

Quanto alla pretesa violazione dell'art. 68 dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 (poi riconfuito identicamente nell'art. 86 del d.lgs. n.50/2010) si osserva che, contrariamente a quanto vorrebbe l'appellante, il principio dell'equivalenza tecnica è del tutto inconferente nel caso di specie.

Nell'ambito dei paesi appartenenti all'Unione Europea, come è evidente dai commi 4, 5 e 6, del cit. articolo, il predetto presidio è diretto ad evitare che le norme obbligatorie, le omologazioni

nazionali e le specifiche tecniche potessero essere artatamente utilizzate per operare indebite espulsioni di concorrenti, con il pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche richieste.

Ma il principio non può assolutamente essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate.

Il principio di equivalenza delle specifiche tecniche è infatti diretto ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica non si risolva in una verifica formalistica, ma nella conformità sostanziale dell'offerta delle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis* (cfr. Consiglio di Stato sez. III 02 marzo 2018 n. 1316).

A tal fine, il comma 8 del cit. art. 68 prevede che, qualora il concorrente in sede di partecipazione a gara pubblica ritenga che i suoi prodotti, sotto il profilo strutturale, prestazionale, ambientale e funzionale possano non coincidere esattamente con lo standard richiesto nel capitolato speciale, debba chiedere formalmente l'equivalenza tecnica della propria proposta, inserendo nella busta tecnica la dimostrazione che le soluzioni da lui proposte rispondano ugualmente ai requisiti funzionali e tecnici richiesti e, ove necessario, una relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto.

In altre parole è il concorrente che deve rappresentare, e dimostrare, alla stazione appaltante, con separata richiesta, annessa alla domanda di partecipazione, l'equivalenza del proprio prodotto alle caratteristiche tecniche di cui ai commi 4, 5 e 6, dell'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, fornendo la documentazione attestante tale presupposto (cfr. Consiglio di Stato sez. III 05 settembre 2017 n. 4207).

Ma il principio non può essere postumamente invocato nel differente caso che l'offerta comprenda una soluzione la quale, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispetta affatto le caratteristiche tecniche obbligatorie, previste nel capitolato di appalto per i beni oggetto di fornitura.

La stazione appaltante infatti non può aggiudicare il contratto ad un concorrente che abbia prodotto un'offerta che viola manifestamente le condizioni tassativamente poste dal bando a pena di esclusione. In tal caso la difformità si risolve infatti in un inammissibile *aliud pro alio* che, di per sé, comporta necessariamente l'esclusione dalla gara.

L'indiscriminata ammissione da parte della stazione appaltante di offerte che non rispondono alle specifiche produttive, funzionali e prestazionali richieste per la partecipazione, finirebbe non solo per vulnerare ineluttabilmente la *par condicio*, ma vanificherebbero le finalità pratiche e le esigenze concrete perseguite dalla stazione appaltante al momento della indicazione di un determinato standard tecnico-produttivo.

In tale prospettiva non vi sono infatti dubbi che il “*sistema chiuso, dotato di siringa termosaldata con camera interna di contenimento vapore*” prescritto dalla *lex specialis* era l'unico in grado di assicurare, in assoluto, l'assenza di ogni possibile contaminazione attraverso lo stantuffo.

Il meccanismo è infatti manifestamente diretto a garantire sia i pazienti da possibili contaminazioni patogene e sia gli operatori sanitari da possibili assunzioni accidentali di farmaci dipendenti da possibili dispersioni nell'ambiente degli stessi.

E' evidente che, per comune esperienza, entrambi i rischi possono essere realmente assicurati solo a mezzo dell'utilizzo di una siringa termosaldata e non di una comune siringa non sigillata.

Esattamente la sentenza ha dunque affermato che dovevano essere escluse dalla gara l'aggiudicataria Cair Italia S.r.l., la Teva Italia S.r.l. e la Becton Dickinson Italia S.p.A., classificatesi rispettivamente al 1°, al 2° ed al 3° posto, perché tutte e tre avevano offerto presidi che non consistevano in un "*sistema chiuso, dotato di siringa termosaldato con camera interna di contenimento vapore*" ma prevedevano l'utilizzo di una siringa comune applicata al dispositivo di base.

Tale sistema appare palesemente in contrasto con la prescrizione del bando che richiedeva "*un sistema fondato su una siringa completamente chiusa dotata di un sistema di compensazione pressoria e di un connettore ermetico a tenuta*" (come già affermato dalla Sezione: cfr. Consiglio di Stato sezione III n. 3206/19 luglio 2016, ed puntualmente ricordato dal Tar).

Il Primo Giudice, dunque del tutto esattamente ha riscontrato la fondatezza delle argomentazione della ricorrente e ritenuto comunque irrilevante lo studio della UNC School of Farmacy.

Nel caso di specie, non vi sono dunque dubbi in punto di fatto che, nell'esercizio della giurisdizione generale di legittimità, la sentenza non ha affatto operato né una indebita comparazione tra le offerte e né valutazioni diretta delle stesse.

Deve infatti del tutto escludersi che qui ricorra un caso di invasione della sfera di discrezionalità riservata esclusivamente alla pubblica amministrazione o comunque vi sia stata un'indebita intromissione da parte del TAR di ambiti riservati all'Amministrazione.

Non vi è stato alcun esercizio di un sindacato sul merito delle scelte per la fondamentale ragione che il TAR non ha fatto nessuna considerazioni circa il valore o la convenienza delle offerte, ma ha solo presidiato il rispetto da parte della Stazione appaltante delle stesse regole tecniche che la medesima aveva posto a base della gara.

Di qui l'infondatezza complessiva di tutte le predette doglianze.

3.§. In conclusione l'appello è infondato e deve essere respinto.

Le spese tuttavia, in ragione della natura controversa delle questioni, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto,
2. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini