

N. 02449/2013REG.PROV.COLL.
N. 08574/2012 REG.RIC.



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 8574 del 2012, proposto da:

Carefusion Italy 311 Unip. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Saverio Ugolini, con domicilio eletto presso Maria Teresa Paternoster in Roma, viale delle Province, 184;

contro

- Azienda ULSS n. 6 del Veneto - Vicenza, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Calgaro, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

- Azienda ULSS n. 5 del Veneto - Ovest Vicentino;

nei confronti di

S.I.D.E.M. S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Rusconi, con domicilio eletto presso Giuseppe Rusconi in Roma, Piazzale Flaminio, 19;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 01080/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per fornitura in service di set e pompe per infusione di liquidi ad una via.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda ULSS n. 6 del Veneto e di S.I.D.E.M. S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2013 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Paternoster, Manzi e Adami su delega di Rusconi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Azienda ULSS n. 6 di Vicenza, quale capofila, ha espletato una procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura triennale "in service" di 107.000 kit di infusione standard (base d'asta, 3,50 euro ciascuno) e per la fornitura in comodato d'uso gratuito di 318 pompe per infusione parenterale di liquidi (anche per il fabbisogno dell'AULSS n. 5 - Ovest Vicentino).

1.1. Il capitolato speciale, nell'indicare le caratteristiche tecniche delle pompe per infusione, precisava che esse *<<devono essere di nuova fabbricazione e di ultima generazione>>* e *<<devono possedere i seguenti requisiti essenziali: (...)allarmi (ottici ed acustici non disattivabili automaticamente e non tacitabili indefinitivamente) con guida "on line" di malfunzionamento: (...)>>* e, tra questi, l'allarme per l'ipotesi di *<<esaurimento del contenitore del liquido da infondere>>* (art. 3, pagg. 3-4, del capitolato speciale).

Precisava anche che *<<Qualora durante la durata del contratto, l'impresa aggiudicataria introduca in commercio nuovi dispositivi analoghi a quelli oggetto della fornitura che presentino migliori o uguali caratteristiche di rendimento e funzionalità, i nuovi prodotti/apparecchiature dovranno essere proposti alle medesime condizioni negoziali, in sostituzione parziale o totale di quelli aggiudicati, previa valutazione da*

parte dell'Azienda (...)>> (art. 9).

La Commissione giudicatrice, nella seduta del 5 dicembre 2011, rilevava che, nelle pompe offerte da due (delle tre) concorrenti, S.I.D.E.M. S.p.a. e Arthya S.r.l., *<<la presenza di tutti gli allarmi richiesti dal capitolato speciale viene però soddisfatta solo con l'installazione di un sensore goccia collegato all'apparecchio (sensore goccia che risulta un accessorio opzionale come desunto dal manuale d'uso dell'apparecchiatura) >>.*

Attribuiva comunque i seguenti punteggi di qualità: S.I.D.E.M. S.p.a. 38/40, Carefusion Italy 311 S.r.l. unip. 31/40; Arthya S.r.l. 26/40.

1.2. Con nota prot. 0001250 in data 9 gennaio 2012, il r.u.p. chiedeva alle due concorrenti suddette se il sensore goccia fosse *<<compreso nell'offerta presentata in gara quale parte integrante della fornitura>>*; S.I.D.E.M. rispondeva affermativamente (precisando che *<<La ns società è disponibile a fornire il sensore di goccia ai reparti richiedenti>>*) in data 10 gennaio 2012; Arthya rispondeva che il sensore non era compreso e proponeva di fornire 15 sensori a titolo gratuito e gli altri sensori occorrenti al prezzo di 100 euro ciascuno (per apprezzarne l'incidenza economica, va sottolineato che l'importo presunto della gara ammontava a 374.500,00 euro).

In data 16 gennaio 2012 il r.u.p. in seduta pubblica prendeva atto che S.I.D.E.M. e Arthya contestavano la suddetta valutazione della Commissione in ordine al sensore goccia; in particolare, S.I.D.E.M. produceva un documento (allegato, sub b), al verbale) nel quale precisava *<< ... che la mancanza del detector non pregiudica la precisione dell'infusione. Inoltre tutti gli allarmi sono soddisfatti anche senza il detector di goccia. Tale accessorio non era richiesto in capitolato, ma è stata data disponibilità a fornirlo gratuitamente>>.*

1.3. Il r.u.p. rimetteva gli atti alla Commissione e questa, in data 24 gennaio 2012, confermava che *<<l'allarme per l'esaurimento del contenitore del liquido da infondere è presente solo con l'installazione di un sensore a goccia opzionale, tutti gli altri allarmi presenti nelle pompe non soddisfano il suddetto requisito richiesto dal*

Capitolato in quanto hanno finalità diverse>>. Il r.u.p., nella seduta del 13 marzo 2012, rilevava che *<<a pag. 8 dell'offerta economica [copia senza l'esposizione dei prezzi, che il disciplinare richiedeva di inserire nella Busta B/ Documentazione Tecnica - della S.I.D.E.M.] ... viene precisato che la pompa dispone dell'allarme contenitore vuoto>>*, e dava lettura del chiarimento inviato da S.I.D.E.M. in data 9 gennaio 2012. Conseguentemente, leggeva l'offerta economica della S.I.D.E.M. (mentre, sempre sulla base dei chiarimenti ricevuti, escludeva Arthya dalla prosecuzione della gara).

Attribuiti i punteggi per le offerte economiche, S.I.D.E.M. si aggiudicava la gara con un punteggio complessivo di 98/100, a fronte degli 89,79/100 assegnati a Carefusion.

2. L'aggiudicazione definitiva a S.I.D.E.M. (provvedimento n. 374 in data 9 maggio 2012) è stata impugnata da Carefusion dinanzi al TAR del Veneto.

3. L'aggiudicataria S.I.D.E.M. ha proposto ricorso incidentale.

4. Il TAR del Veneto, con la sentenza appellata (I, n. 1080/2012), in dichiarata applicazione dei principi affermati da A.P. n. 4/2011, ha esaminato prioritariamente ed ha accolto il ricorso incidentale (escludente) della S.I.D.E.M., esaminando e ritenendo fondata la censura di violazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 2, punto 2, lettere b) e c), del disciplinare di gara, in quanto, a corredo dell'offerta Carefusion, mancavano le dichiarazioni di insussistenza delle cause di esclusione nei confronti di alcuni procuratori con potere di rappresentanza (nella sentenza, con riferimento alla visura camerale versata in atti, vengono indicati come onerati, *<<quanto meno>>* i procuratori speciali signori M.F. e B.A., quali *<<soggetti ai quali è stato conferito l'esercizio di funzioni di sostanziale amministrazione>>*).

Conseguentemente ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso principale.

5. Carefusion Italy ha proposto appello.

5.1. Sottolinea che l'orientamento giurisprudenziale volto ad interpretare in modo estensivo l'obbligo di rendere le dichiarazioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere b) e c), del d.lgs. 163/2006, invocato dal TAR, appare oggi minoritario e superato da successive pronunce.

Riguardo alla circostanza che il TAR abbia ravvisato anche nel disciplinare di gara l'obbligo di indicare le persone autorizzate ad impegnare legalmente l'impresa, relativamente alle quali si sarebbe dovuto esplicitare l'insussistenza di cause di esclusione, obietta che il disciplinare si limitava a riprodurre l'art. 38, senza aggiunte o specificazioni.

E che, comunque, era stato utilizzato il modulo allegato al disciplinare, per cui, dovendosi considerare quanto meno ambigua la prescrizione, il principio dell'affidamento impediva l'esclusione dalla gara.

Lamenta che, in ogni caso, né l'art. 38, né la *lex specialis* sanzionano espressamente con l'esclusione la carenza della dichiarazione; mentre la produzione in gara di un certificato della CCIAA indicante tutti i soggetti, anche non amministratori, titolari di procure speciali, consentiva alla stazione appaltante di effettuare ogni eventuale opportuna verifica sul possesso dei requisiti, cosicché l'omessa dichiarazione riguardo ai procuratori speciali non ha comportato alcuna lesione dell'interesse pubblico.

5.2. In via subordinata, lamenta che il TAR, una volta accolto il ricorso incidentale, non avrebbe dovuto dichiarare inammissibile quello principale, ma avrebbe dovuto esaminarlo nel merito e, in caso di accoglimento, annullare la procedura soddisfacendo così l'interesse strumentale (dovendosi assicurare, in presenza di situazioni tra loro speculari, il principio della parità delle parti).

5.3. Quindi, ripropone i motivi non esaminati dal TAR, appresso sintetizzati.

5.3.1. In via principale (in quanto censure comportanti l'esclusione della

S.I.D.E.M.) sostiene che:

a) vi è stata violazione della *lex specialis*, in quanto la verifica dei campioni effettuata dal Servizio di Ingegneria Clinica della Azienda su incarico della Commissione aveva evidenziato la mancanza di un requisito essenziale delle apparecchiature offerte, e quindi S.I.D.E.M. avrebbe dovuto essere esclusa senza che si procedesse alla valutazione qualitativa della sua offerta;

b) l'art. 46 del d.lgs. 163/2006 sul c.d. soccorso procedimentale è limitato alla fase di ammissione, e quindi è stato applicato illegittimamente mediante una richiesta di "chiarimenti" (sulla ricomprensione o meno del sensore goccia nell'offerta della S.I.D.E.M.) che ha in realtà comportato l'integrazione di elementi tecnici mancanti, dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta;

c) la risposta data da S.I.D.E.M. a detta richiesta, con la disponibilità "a fornire il sensore a goccia ai reparti richiedenti", confermava che il sensore goccia era un accessorio opzionale, condizionato ad una richiesta (mentre le pompe avrebbero dovuto dover essere fornite complete, indipendentemente da una specifica richiesta);

d) il r.u.p., nel rivalutare la presenza del requisito nonostante il parere negativo della Commissione, apprezzando l'indicazione contenuta a pag. 8 dell'offerta economica, non ha tenuto conto che la pompa, nella configurazione descritta nell'offerta tecnica e campionata da S.I.D.E.M., non possiede la funzionalità in questione;

e) in violazione della *par condicio*, l'ammissione definitiva di S.I.D.E.M. è avvenuta ad offerte economiche già conosciute, mentre la valutazione degli aspetti qualitativi, ad evidenti fini di imparzialità, sarebbe dovuta avvenire preventivamente.

5.3.2. In via subordinata (in quanto censure comportanti l'annullamento della gara e la sua rinnovazione), sostiene che:

f) in violazione del principio di pubblicità, le buste contenenti la

documentazione tecnica ed i plichi contenenti i campioni sono stato aperti dalla Commissione, in data 25 maggio 2011, in seduta riservata;

g) in violazione dell'art. 84 del d.lgs. 163/2006, ha partecipato alla Commissione di gara il p.i. Artuso, nominato dal commissario ing. Sartori quale "suo delegato", ma senza che intervenisse una nomina formale da parte della stazione appaltante;

h) in violazione dell'art. 83, i criteri di attribuzione del punteggio alle offerte tecniche previsti dalla *lex specialis* erano talmente generici da rendere impossibile una valutazione senza la loro successiva integrazione da parte della Commissione; integrazione che la Commissione ha effettuato, pur senza formalizzare le scelte, mediante l'identificazione degli elementi di qualità da considerare, ma che era preclusa dalla predetta disposizione;

i) in violazione dei principi di celerità del procedimento e segretezza, la prima riunione della Commissione è avvenuta il 25 maggio, la seconda il 7 luglio e la terza il 5 dicembre 2011, senza che nel frattempo siano stati disposti particolari adempimenti istruttori.

5.3.3. Viene avanzata anche richiesta risarcitoria; la dichiarazione di inefficacia del contratto viene ritenuta pienamente soddisfattiva; in caso di risarcimento per equivalente, l'appellante principale chiede il risarcimento delle spese di partecipazione alla gara, del mancato guadagno e del danno curriculare, da determinare ai sensi dell'art. 34 cod. proc. amm., ovvero in via equitativa.

6. S.I.D.E.M. ha proposto appello incidentale, sostanzialmente riproponendo le censure non esaminate in primo grado, appresso sintetizzate.

6.1. L'offerta tecnica di Carefusion non è conforme al capitolato ed avrebbe dovuto essere esclusa. Infatti, il prodotto (Alaris SE) offerto è del 1997, e successivamente la casa produttrice (Alaris) ha introdotto sul mercato pompe di generazione più recente (ISG, versione evoluta del

modello SE; GP del 2006; GP Plus Guardrails del 2009), quindi risulta violato l'art. 3 del capitolato che richiede pompe di nuova fabbricazione e <<di ultima generazione>>, previsione importante tanto che l'art. 9 prevede l'aggiornamento senza ulteriori costi con eventuali nuovi dispositivi introdotti in commercio in corso di esecuzione del contratto.

6.2. Oltre che riguardo ai procuratori M.F. e B.A. (espressamente considerati nella sentenza di primo grado), vi sono numerosi altri procuratori speciali dei quali Carefusion ha omesso di dichiarare l'esistenza, in violazione dell'art. 2, lettera b), del disciplinare; e per essi non è stata presentata alcuna dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006, così violando, oltre detta disposizione, anche la prescrizione dell'art. 2, lettera c), del disciplinare. Inoltre, non è stata dichiarata la presenza di M.C. e F.B., quali procuratori speciali cessati dalla carica.

6.3. Il disciplinare, all'art. 2, punto 2, lettera m), richiedeva di indicare le attività da subappaltare; Carefusion non lo ha fatto (nell'allegato B), ma poi nella relazione illustrativa al servizio di assistenza offerto si legge che <<il centro di Assistenza Tecnica di riferimento, sede di esecuzione degli interventi di riparazione e della manutenzione preventiva, è ubicato presso: CareFusion Italy 311 srl Unipersonale Presso: Atesmedica.com (...)>>, e ciò concreta un'ipotesi di subappalto, non preventivamente indicato in violazione dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006.

6.4. Quanto alla valutazione della propria offerta, secondo S.I.D.E.M. la Commissione ha errato nel ritenere che la prescrizione dell'art. 3 del capitolato sia soddisfatta dal prodotto solo in presenza del sensore goccia (che comunque era parte integrante della fornitura). Infatti, l'art. 3 lasciava liberi i concorrenti nell'individuare il sistema (il sensore goccia è uno dei possibili sistemi) idoneo a segnalare l'esaurimento nel contenitore del liquido da infondere, così come precisato anche nel verbale del 24 gennaio 2012 ("contenitore vuoto" ha il medesimo significato di "esaurimento del

contenitore del liquido da infondere”); e l’offerta S.I.D.E.M. (pompa Agilia Volumat MC) prevede (anche senza il detector/sensore goccia) tutti gli allarmi richiesti: allarme di “fine volume da infondere” e preallarme che si attiva 5 minuti prima o 5 ml prima dell’allarme, oltre ad un distinto allarme che segnala l’occlusione della linea di infusione, e quindi è sufficiente impostare il volume del liquido da infondere, per avere la funzionalità (altrimenti soddisfatta dal sensore goccia) oggetto di contestazione.

7. Si è costituita in giudizio la AULSS n. 6, e, “rimettendosi a giustizia” quanto all’appello incidentale, ha controdedotto riguardo all’appello di Carefusion, eccependo in particolare:

- l’inammissibilità per omessa impugnazione del diniego di autotutela in data 29 maggio 2012 (opposto al preavviso di ricorso, ex art. 243-bis, del d.lgs. 163/2006, trasmesso da Carefusion in data 21 maggio 2011);
- quanto alla violazione del principio di segretezza nell’apertura delle buste, di aver avviato un procedimento di revoca in autotutela, poi bloccato dalla sentenza di primo grado che ha fatto rimanere in gara un unico concorrente, eliminando così l’interesse alla par condicio.

8. Le parti hanno presentato memorie e memorie di replica.

9. Occorre esaminare anzitutto il ricorso incidentale.

9.1. Quanto all’inadeguatezza della pompa offerta da Carefusion, in quanto non di <<*ultima generazione*>>, occorre sottolineare che detta previsione dell’art. 3 del capitolato non può essere interpretata come comportante l’obbligo di offrire il modello più recente disponibile all’interno del catalogo dell’impresa produttrice. Una simile interpretazione, oltre ad introdurre un elemento di incertezza nella determinazione della prestazione offerta, comprimerebbe la libertà di scelta dell’impresa nel formulare l’offerta complessivamente più conveniente con riferimento al quadro dei requisiti tecnici richiesti ed al prezzo base di gara.

Va intesa, invece, nel senso di un obbligo di fornire, del modello offerto,

l'ultima e più aggiornata versione in commercio. Carefusion ha precisato (e controparti non la smentiscono) che la pompa offerta in gara non è certo lo stesso modello sviluppato nel 1997, ma una versione aggiornata sotto il profilo tecnico, in particolare nel software di gestione.

L'art. 9 del capitolato conferma, sì, l'importanza della fornitura di un prodotto aggiornato; ma anche l'obbligo, ivi previsto, di fornire <<*nuovi dispositivi analoghi a quelli oggetto della fornitura*>>, non può che essere riferito, a pena di minare la razionalità della gara e far saltare lo stesso sinallagma dell'appalto, ad eventuali nuove versioni o aggiornamenti migliorativi del modello offerto, messe in commercio o rese disponibili in corso di esecuzione dell'appalto, e non anche a modelli preesistenti aventi caratteristiche e costi diversi (e non offerti in gara, in base ad un preciso calcolo imprenditoriale).

Non si può perciò ritenere che, sotto detto profilo, l'offerta Carefusion dovesse essere esclusa.

9.2. Il motivo di appello concernente la omessa indicazione e dichiarazione per (altri) procuratori speciali della Carefusion, riguarda una questione che è anche al centro dell'appello principale.

La questione consiste nello stabilire se l'obbligo di attestare, mediante dichiarazione sostitutiva sottoscritta la legale rappresentante dell'impresa concorrente, i <<*dati anagrafici*>> e la <<*carica sociale ricoperta*>> e l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, per gli <<*amministratori muniti di potere di rappresentanza*>> (così il disciplinare, all'art. 2, punto 2, lettere b) e c)), comprendesse anche i procuratori speciali non titolari di cariche sociali, quanto meno se inquadrabili come amministratori di fatto.

Va sottolineato che, riguardo all'ambito dei soggetti per i quali doveva essere prodotta la dichiarazione, detta previsione della *lex specialis* – non menziona testualmente tutti i soggetti autorizzati ad impegnare legalmente

la ditta, come affermato dal TAR, ma – riproduce sostanzialmente quella dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c), del d.lgs. 163/2006.

E che Carefusion ha prodotto la dichiarazione sul possesso dei requisiti resa dall'unico amministratore in carica nel triennio munito del potere di rappresentanza, oltre ad un certificato camerale dal quale risultava l'elenco di tutti i procuratori.

Com'è noto, l'interpretazione dell'art. 38, nella parte in cui prevede l'esclusione dalla procedura qualora i fatti ostativi ivi indicati riguardino (nel caso delle società per azioni o delle società a responsabilità limitata) <<*gli amministratori muniti di potere di rappresentanza*>> (o il direttore tecnico) ha formato oggetto di diversi orientamenti giurisprudenziali.

Il Collegio, ritiene di aderire all'orientamento, che appare prevalente nella giurisprudenza più recente (cfr. Cons. Stato, V, 6 giugno 2012, n. 3340, oltre a nn. 5393/2012, 1186/2012, 6136/2011, 3069/2011, 1782/2011 e 513/2011; III, n. 5117/2011), volto a limitare l'applicabilità dell'esclusione stabilita dall'art. 38, nell'ipotesi di omessa dichiarazione, ai soli amministratori e non anche ai procuratori speciali o *ad negotia*, i quali non sono amministratori, e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati (così, V, n. 513/2011, cit.), dovendosi ancorare l'applicazione della norma su basi di oggettivo rigore formale (così, V, n. 3069/11, cit.), ed occorrendo avere riguardo alla posizione formale del singolo nell'organizzazione societaria piuttosto che a malcerte indagini sulla portata dei poteri di rappresentanza, e ciò anche per non scalfire garanzie di certezza del diritto sotto il profilo della possibilità di partecipare ai pubblici appalti (di nuovo, V, n. 513/2011, cit., in cui si ribadisce anche che una norma che limiti la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori).

Tanto più nel caso in esame, in cui, come si è detto, un onere di diversa e maggiore portata non poteva desumersi nemmeno dalla formulazione del disciplinare e del modulo ad esso allegato, da utilizzare per la dichiarazione (ricordando che, in applicazione dei principi del *favor participationis* e di tutela dell'affidamento, non può procedersi all'esclusione di un'impresa da una gara pubblica nel caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione – cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 14 novembre 2012, n. 5758).

La questione va dunque risolta nel senso che anche sotto detto profilo l'offerta Carefusion non dovesse essere esclusa.

Tanto, senza dover invocare l'orientamento c.d. sostanzialistico, secondo il quale, comunque, la dimostrazione dell'assenza di precedenti penali a carico dei soggetti onerati della dichiarazione, in sede di verifica dei requisiti, ne impedisce l'esclusione dalla gara, che non corrisponderebbe ad alcun effettivo interesse pubblico. Quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, ricorre un'ipotesi di c.d. "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 13 marzo 2013, n. 1494; V, nn. 7967/2010 e 829/2009; VI, nn. 1017/2010 e 4906/2009).

9.3. Riguardo all'ipotizzato subappalto, va premesso che, stando alla stessa relazione illustrativa posta da S.I.D.E.M. alla base della relativa censura, <<*il Servizio Tecnico si effettua per tutti gli strumenti e le apparecchiature accessorie originali della Carefusion e viene svolto presso i centri di assistenza ufficiali della*

Carefusion>>, il passo successivo, su cui la censura fa perno, sembra stia effettivamente a significare (come afferma Carefusion, con argomentazione non specificamente confutata dall'appellante incidentale) che si prevede l'attivazione presso il locale distributore (Atesmedica, in Verona) di un punto di assistenza, pur sempre gestito da Carefusion, che, per fini di celerità, utilizza il recapito indicato per il ricevimento delle segnalazioni e come deposito.

Tale soluzione logistica non sembra pertanto comportare subappalto, ai sensi dell'art. 118 del d.lgs. 163/2006. E comunque, se anche fosse ravvisabile un'intenzione di avvalersi del subappalto, non formalmente dichiarata, da ciò - non essendo stato contestato che la società sia pienamente in grado, quanto alle necessarie qualificazioni o sotto il profilo operativo, di eseguire autonomamente la prestazione, né lamentato che la presenza del preteso subappaltatore abbia inciso positivamente nella valutazione qualitativa dell'offerta - discenderebbe la non autorizzabilità del subappalto, ma non l'esclusione dell'offerta.

10. Il ricorso incidentale deve dunque ritenersi infondato.

Si può passare all'esame del ricorso principale.

10.1. Il Collegio ritiene anzitutto di disattendere l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla Azienda per omessa impugnazione del diniego di esercitare l'autotutela.

Questa Sezione ha già avuto modo di osservare che il testo dell'art. 243-*bis* del d.lgs. 163/2006 lascia intendere che il legislatore non abbia voluto dar vita ad un procedimento contenzioso o paracontenzioso a tutela di una posizione giuridica soggettiva, ma solo offrire all'Amministrazione l'opportunità di un riesame in via di autotutela, precisando che non a caso l'atto introduttivo non viene denominato "ricorso" ovvero "reclamo" o "opposizione", ma semplicemente "informativa dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale", e il silenzio non viene denominato "rigetto" o

“rifiuto” ma semplicemente “diniego di (procedere in) autotutela” (cfr. Cons. Stato, III, 29 dicembre 2012, n. 6712).

Anche considerato ciò, il Collegio ritiene preferibile aderire all’orientamento secondo il quale la disposizione di cui all’art. 243-*bis*, ultimo comma, del d.lgs. n. 163/2006, a mente del quale il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all’atto cui si riferisce, ovvero, se quest’ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti, lungi dall’imporre l’impugnazione del diniego di autotutela, è norma meramente processuale, volta ad assicurare che la necessaria impugnazione del provvedimento lesivo e quella soltanto eventuale, secondo i principi generali, del diniego di autotutela, siano trattate nell’ambito di un *simultaneus processus* (cfr. TAR Calabria, Catanzaro, II, 10 settembre 2012, n. 914; TAR Liguria, II, 29 marzo 2012, n. 450; T.A.R. Valle d’Aosta, 17 febbraio 2012, n. 16; TAR Lazio, Latina, I, 1 dicembre 2011, n. 991).

10.2. Ciò chiarito, le considerazioni svolte al punto 9.2. sulla portata non escludente, quanto meno nella gara in esame, dell’omessa dichiarazione riferita ai procuratori *ad negotia*, evidenziano la fondatezza delle censure (suindicate al punto 5.1.) che Carefusion ha rivolto avverso la sentenza di primo grado.

10.3. Possono quindi esaminarsi le censure del ricorso di primo grado riproposte da Carefusion in via principale con l’appello (suindicate al punto 5.3.2.).

Dette censure sottolineano altrettanti profili concorrenti di una valutazione di ammissibilità dell’offerta S.I.D.E.M. che l’appellante principale assume viziata.

10.3.1. Occorre premettere che in nessun punto dell’offerta o della descrizione dei campioni presentati da S.I.D.E.M. si indica espressamente la presenza del sensore di goccia.

Sull’incompletezza, senza detto sensore, delle pompe offerte da S.I.D.E.M.,

il giudizio della Commissione di gara, supportato da quello del Servizio di Ingegneria clinica dell'Azienda, è stato netto, e ripetuto anche alla luce dei chiarimenti forniti.

Il r.u.p. è andato in contrario avviso, sulla base di una mera asserzione *a posteriori* da parte della S.I.D.E.M. in ordine alla ricomprensione della funzionalità ritenuta carente dalla Commissione, e sulla base dell'esistenza nell'offerta di un'indicazione prestazionale, generica ma ritenuta funzionalmente equivalente.

10.3.2. Tuttavia, quanto alla asserzione *a posteriori*, sembra evidente il suo carattere di integrazione postuma, non suffragata da alcun riferimento concreto al contenuto del prodotto presentato e campionato in gara. Sostanzialmente, si è trattato di una manifestazione di disponibilità della società a fornire senza costi aggiuntivi l'elemento mancante.

Deve ritenersi che il r.u.p. abbia sovrapposto detta disponibilità alla configurazione della pompa presentata e campionata in gara, che, viceversa, essendo priva del sensore a goccia (o di altri analoghi dispositivi, in ipotesi funzionalmente equivalenti), non possedeva la funzionalità richiesta. Ma, così facendo, ha ritenuto ammissibile (sotto la forma procedimentale dei "chiarimenti") ciò che invece costituiva una vera e propria integrazione dell'offerta tecnica, in violazione della *par condicio*.

Senza contare che può fondatamente ritenersi che detta integrazione sia stata positivamente apprezzata, una volta conosciute le offerte economiche (e la maggior convenienza di quella della concorrente presentatrice dell'offerta tecnica la cui completezza era ancora in sospeso). Infatti, nel verbale del 13 marzo 2012, si legge che, dopo la lettura dell'offerta Carefusion, il r.u.p. ("presidente della seduta di gara"), <<procede quindi all'apertura dell'offerta economica presentata dalla Ditta S.I.D.E.M. S.p.A. >> e, dopo la verbalizzazione della precisazione contenuta a pag. 8 dell'offerta economica e dei chiarimenti del 10 gennaio 2012, <<dà quindi lettura

dell'offerta economica della Ditta S.I.D.E.M. S.p.A>>.

Va anche osservato che il costo del sensore goccia non è affatto irrilevante ai fini del confronto competitivo. Infatti, l'offerta economica di SIDEM è risultata più vantaggiosa per una differenza di 7.490,00 euro (363.800,00 euro contro i 371.290,00 euro offerti da Carefusion) e se si considera (quanto meno, come valore di riferimento) che l'altra concorrente Arthya aveva stimato 100 euro il costo aggiuntivo di un sensore, appare evidente come detto costo aggiuntivo ($318 \times 100 = 31.800$) rappresenti oltre il quadruplo di detta differenza.

Quanto invece alla indicazione sulla presenza nell'offerta dell' *<<allarme contenitore vuoto>>*, la documentazione tecnica prodotta da S.I.D.E.M. (documento "descrizione Z019160 Volumat MC Agilia") sembra evidenziare che la pompa in questione è sì predisposta per l'allarme di contenitore vuoto, ma che questo è attivato *<<purchè venga usato il sensore di goccia>>*. Sulla base della presenza di detto allarme, S.I.D.E.M. sostiene la rispondenza ai requisiti richiesti dal capitolato, sottolineando che l'impostazione del volume da infondere è in grado di produrre la richiesta funzionalità anche in mancanza del sensore goccia (l'allarme infatti si attiva al raggiungimento del volume del liquido da infondere); ma sembra che in tal caso ci si troverebbe in presenza di un allarme da considerare "disattivabile automaticamente", come tale insufficiente in base alle previsioni del capitolato: infatti, la mancata impostazione del volume (operazione che nella pratica clinica non risulta attuata sistematicamente) equivale ad un automatismo, nel senso che implica nella sostanza una disattivazione non intenzionale dell'allarme, vale a dire proprio quell'effetto che la previsione del capitolato era volta ad evitare. L'allarme di contenitore vuoto è previsto proprio per mantenere un avviso di termine dell'infusione, nel caso in cui non risulti necessario o comunque non sia stato impostato il volume da infondere. In mancanza di impostazione del volume di

infusione, l'allarme non sarebbe attivato, vale a dire vi sarebbe, senza intenzione, una situazione in contrasto con la previsione del capitolato che richiedeva che gli allarmi non dovessero essere automaticamente disattivabili, ovvero fossero costantemente in funzione (salvo disattivazione volontaria).

10.3.3. Occorre dunque concludere che l'offerta S.I.D.E.M. fosse non conforme alle previsioni del capitolato, e dovesse essere esclusa.

11. L'accoglimento del ricorso principale determina l'esclusione dell'offerta S.I.D.E.M. e l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in suo favore.

12. Stante la natura della prestazione appaltata, non si ravvisano, né sono state prospettate dalle controparti, ragioni tali da precludere la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con S.I.D.E.M..

Ne discende, secondo la stessa prospettazione delle parti (quella di Carefusion sui limiti del proprio interesse; quella di SIDEM, secondo cui l'appellante principale è il soggetto che sta svolgendo la prestazione in regime di proroga), che non vi è luogo a pronunciare su ulteriori pretese risarcitorie.

13. Le spese del doppio grado di giudizio, in considerazione della complessità delle questioni controverse, possono 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, respinge l'appello incidentale, accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso principale proposto in primo grado, con conseguenti annullamento del provvedimento di aggiudicazione con esso impugnato e dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2013

con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2013

IL SEGRETARIO

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