

N. 01401/2014REG.PROV.COLL.

N. 06776/2013 REG.RIC.

N. 06853/2013 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 6776 del 2013, proposto da:

JOHNSON & JOHNSON MEDICAL S.p.A.,

in persona del Procuratore speciale ad acta,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia e Mario Zoppellari

ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma, via

Principessa Clotilde, 2,

contro

BAXTER S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario

Sanino e Riccardo Arbib ed elettivamente domiciliata presso lo

studio del primo, in Roma, viale Parioli, 180

nei confronti di

So.Re.Sa. S.p.A. - Società Regionale per la Sanità S.p.A.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
non costituitasi in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 6853 del 2013, proposto da:
So.Re.Sa. S.p.A. - Società Regionale per la Sanità S.p.A.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avv.to Leopoldo Di Bonito ed
elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, via
Arenula, 21

contro

BAXTER S.p.A.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario
Sanino e Riccardo Arbib ed elettivamente domiciliata presso lo
studio del primo, in Roma, viale Parioli, 180

nei confronti di

JOHNSON & JOHNSON MEDICAL S.p.A.,
in persona del Procuratore speciale ad acta,
non costituitasi in giudizio,

***entrambi per la riforma della sentenza del t.a.r. campania -
napoli - sezione i n. 03575/2013, resa tra le parti, concernente
affidamento fornitura quadriennale di dispositivi medici.***

Visti i ricorsi, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione, in ciascuno dei due giudizi, dell'appellata;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive domande e difese;

Viste le Ordinanze n. 3904/2013 e n. 3902/2013, pronunciate nella Camera di Consiglio del giorno 3 ottobre 2013, di reiezione della domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata in ciascuno dei giudizi proposta;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 13 febbraio 2014, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, gli avv.ti Angelo Clarizia, Mario Zoppellari ed Andrea Manzi su delega di Leopoldo Di Bonito per le appellanti e gli avv.ti Riccardo Arbib e Mario Sanino per l'appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – L'odierna appellata, avendo partecipato alla gara indetta da So.Re.Sa. S.p.A. per la « Fornitura di dispositivi medici per medicazione » e specificamente per il lotto n. 55 concernente « Medicazione emostatica medicazione emostatica sterile per uso chirurgico kit completo a base di gelatina e trombina » ed essendosi classificata seconda nella relativa graduatoria delle offerte, ha impugnato dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, gli atti di gara, proponendo due ordini di censure: l'uno, volto ad escludere l'aggiudicataria dalla gara, fondato

sulla non rispondenza del prodotto offerto dalla stessa alle specifiche tecniche richieste dal capitolato speciale d'appalto; l'altro basato, nella diversa prospettiva dell'annullamento dell'intera gara, sulla asserita omissione, da parte del seggio di gara, delle cautele dirette a garantire la integrità delle offerte.

Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R. adito accoglieva il ricorso, ritenendo viziata la valutazione di conformità di detto prodotto alle caratteristiche richieste per la fornitura, come operata dall'Amministrazione, sia per non aver tenuto sufficiente conto delle avvertenze recate dalle IFU (secondo cui la sicurezza e l'efficacia della matrice emostatica per l'uso in procedure urologiche non sono state stabilite attraverso uno studio clinico randomizzato e raccomandano altresì cautela in neurochirurgia, poiché sul suo utilizzo non sono stati condotti studi clinici randomizzati e controllati), sia per aver contraddittoriamente effettuato, in corso di gara e prima dell'aggiudicazione, una specifica indagine nei confronti delle aziende sanitarie ed ospedaliere interessate sulla quota del fabbisogno presunto dedicata ad usi neurochirurgici ed urologici (a seguito della quale l'aggiudicazione è stata disposta per un quantitativo - stimato ex art. 3 del capitolato speciale - di 21.336 pezzi, inferiore di circa 5.000 unità rispetto a quello inizialmente previsto negli atti di gara), diramando, poi, ad aggiudicazione avvenuta, l'avvertenza che per il prodotto fornito dalla aggiudicataria “si rileva la mancanza di letteratura a supporto della sicurezza ed

efficacia di urologia e neurochirurgia”, affinché ne fossero informati “gli utilizzatori finali delle suddette branche specialistiche, cui è rimessa ogni valutazione sull’utilizzo del prodotto”.

Hanno proposto ciascuna distinto appello le soccombenti in primo grado (originaria aggiudicataria e stazione appaltante), entrambe diffusamente contestando le conclusioni del primo Giudice.

Resiste, in tutti e due i gravami, l’originaria ricorrente, che, con successive memorie, ha contraddetto i motivi di appello e riproposte le censure assorbite in primo grado.

Con Ordinanze n. 3904/2013 e n. 3902/2013, pronunciate nella Camera di Consiglio del giorno 3 ottobre 2013, è stata respinta la domanda di sospensione dell’esecuzione della sentenza appellata in ciascuno dei giudizi proposta.

Con memorie rispettivamente in data 24 e 27 gennaio 2014 l’appellata e la parte privata appellante hanno diffusamente argomentato (la seconda in palese violazione del dovere di sinteticità degli atti, di cui all’art. 3 c.p.a.) a sostegno delle rispettive tesi.

Con memoria depositata in data 30 gennaio 2014 l’Amministrazione appellante ha ribadito la pretesa palese erroneità delle argomentazioni di cui alla sentenza appellata.

Con memorie rispettivamente in data 30 e 31 gennaio 2014, l’appellata e parte privata appellante hanno replicato alle deduzioni avversarie.

Le cause sono state congiuntamente chiamate e trattenute in

decisione alla udienza pubblica del 13 febbraio 2014.

2. – Gli appelli, in quanto proposti avverso la stessa sentenza, vanno preliminarmente riuniti ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a.

3. – Va preliminarmente dichiarata l'inammissibilità della memoria depositata dall'Amministrazione appellante in data 30 gennaio 2014, per violazione del termine dimidiato di quindici giorni liberi prima dell'udienza, fissato per la produzione di memorie dagli artt. 73 e 119 c.p.a.; né la stessa possiede i requisiti formali e sostanziali per poter essere qualificata come mera replica alle “nuove memorie depositate in vista dell'udienza” dalla controparte.

4. – Venendo al mérito degli appelli proposti, entrambi investono, con analoghe considerazioni, la statuizione del T.A.R., che, in accoglimento del ricorso di primo grado, ha riconosciuto l'invalidità dell'aggiudicazione, per aver l'Amministrazione da un lato valutato la relativa offerta come conforme alle specifiche tecniche dettate dalla disciplina di gara, sottoponendo dall'altro tale giudizio a “riserve” laddove ha svolto in corso di gara un'indagine con riferimento all'impiego specifico del prodotto in neurochirurgia ed urologia (indagine che ha portato alla limitazione del fabbisogno per dette branche), avvertendo altresì gli operatori, ad aggiudicazione avvenuta, delle riserve emerse in ordine all'impiego della medicazione in tali specializzazioni, rimettendo espressamente ogni valutazione, e quindi tutte le responsabilità, agli utilizzatori finali del prodotto.

Ritiene la Sezione, a fronte delle critiche svolte con gli atti d'appello avverso la sentenza impugnata, che il T.A.R. abbia correttamente ricostruito la fattispecie in punto di fatto e di diritto.

Anzitutto, quanto alla valutazione di conformità del prodotto alle prescrizioni del capitolato speciale (che stabilisce, con previsione di univoco significato, la configurazione del prodotto in questione come “medicazione emostatica sterile per uso chirurgico” e dunque utilizzabile indifferentemente in tutte le branche della chirurgia), se è vero ch'essa appartiene alla sfera di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, la stessa, come risultante dalla relazione tecnica del 5 novembre 2012, non appare scevra da profili di difetto di istruttoria e di irragionevolezza, laddove, istituendo peraltro una del tutto inconferente comparazione tra le due offerte pervenute sotto il considerato profilo della rispondenza alle previsioni di capitolato, sul piano formale si ferma al rilievo di quanto riportato nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria (“tutte le procedure chirurgiche, ad eccezione degli interventi oftalmici”, limitazione, quest'ultima che, in quanto di “classe”, non rileva) ed all'evidenziazione poi che le precauzioni d'uso risultanti dalle IFU (utilizzare con cautela in neurochirurgia poiché sul suo utilizzo non sono stati condotti studi clinici randomizzati e controllati; la sicurezza e l'efficacia per l'uso in procedure urologiche non sono state stabilite attraverso uno studio clinico randomizzato; la matrice emostatica non dovrà essere lasciata nella pelvi renale, nei calici

renali, nella vescica, nell'uretra o negli ureteri per eliminare potenziali focolai di formazione di calcoli) “non indicano una controindicazione assoluta all'utilizzo”; senza, così, compiere una effettiva valutazione, sul piano del merito tecnico dell'offerta, circa l'effettiva idoneità e sufficienza in concreto del prodotto, alla luce delle sue caratteristiche tecniche come rappresentate nella loro completezza nelle Instructions for Use valide per l'Italia (come allegate all'offerta e dunque le sole aventi rilievo nel presente giudizio, che peraltro, ove in qualche modo ritenute affette da “mancanza” sarebbero dovute essere poste a base di ricorso incidentale in primo grado ai fini della contestazione della ammissibilità dell'offerta della ricorrente principale), a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, dal momento che il suo utilizzo era in grado, sulla base di quanto riportato nella relativa sezione delle “Precauzioni d'uso”, di presentare problematiche in ordine a profili relevantissimi, quali quelli della sicurezza e dell'efficacia in procedure urologiche ed in neurochirurgia, per la quale, in particolare, le Instructions raccomandano “cautela” nell'utilizzo.

Orbene, l'Amministrazione, anziché approfondire, eventualmente con un supplemento di istruttoria, il contenuto di tale valutazione in ordine all'idoneità del prodotto a rispondere alle caratteristiche di tutte le prestazioni per le quali era previsto il suo utilizzo e quindi alle prioritarie esigenze della sicurezza del paziente e del responsabile affidamento degli operatori ospedalieri sulla correttezza delle scelte

compiute dall'Amministrazione datrice di lavoro, da un lato è addivenuta all'aggiudicazione approvando i verbali di gara (ed in particolare il verbale n. 6 del 24 gennaio 2013 basato sulla predetta verifica di conformità), dall'altro, del tutto contraddittoriamente:

- ha attivato, a relazione tecnica acquisita, una indagine presso le Aziende Sanitarie, con la quale si chiedeva (v. nota del 7 dicembre 2012) “di indicare la quota del fabbisogno ... specificamente dedicato ad usi neurochirurgici ed urologici”; trattasi, con tutta evidenza, di indagine espressamente limitata nel suo spettro, che, lungi dal tendere, come pretendono in questa sede le appellanti, ad una nuova stima dei fabbisogni complessivi per il lotto in considerazione (e non si comprende del resto perché solo per il lotto in questione si sarebbe avvertita la necessità di sottoporre a revisione le stime poste a base degli atti di gara), conteneva in sé l'implicita, ma chiara, riserva (ricavabile anche dall'avvertenza contenuta in detta nota, secondo cui, nel caso di mancato invio delle informazioni richieste, “il fabbisogno già comunicato si intenderà destinato ad usi diversi rispetto a quelli sopraindicati”), tendente a limitare, se non addirittura ad escludere l'utilizzo del prodotto per una parte delle prestazioni chirurgiche previste dal capitolato (quella della neurochirurgia e dell'urologia), nello stesso momento in cui in sede tecnica si affermava l'appropriatezza dello stesso per tutte le prestazioni chirurgiche. Né convince la tesi dell'Amministrazione, secondo cui l'indagine avrebbe semplicemente mirato ad accertare

“una pur possibile insussistenza di tale precipua applicazione”, dal momento che è nozione di comune esperienza, di sicuro posseduta anche dal Direttore Generale della stazione appaltante, quella della necessità di utilizzo di prodotti atti a raggiungere l'emostasi, quando ogni altro tipo di controllo risulti inefficace, nelle procedure chirurgiche in generale; così come non convince l'affermazione che la riduzione delle quantità del lotto n. 55 oggetto dell'appalto, occasionata dagli esiti di detta indagine, non sia, come affermato dal Giudice di primo grado, “dovuta anche, se non esclusivamente, ad un minore impiego del prodotto nelle branche problematiche” e che l'indagine stessa non abbia portato quantomeno ad uno spostamento dell'utilizzo del prodotto stesso da queste ad altre branche (come del resto espressamente prefigurato nella citata nota del 7 dicembre 2012), atteso che le appellanti si limitano a riferire circa tali esiti con riguardo a sole 4 aziende su un totale di ben 67 strutture operanti nella Regione Campania;

- ha irragionevolmente operato nel senso di diminuire l'affidamento sulle scelte da essa compiute in ordine alla presenza effettiva delle qualità richieste nel prodotto offerto, nel momento in cui lo stesso soggetto competente per l'aggiudicazione (il Direttore Generale), nel dare informazione alle Aziende Sanitarie dell'intervenuta aggiudicazione della fornitura di cui si tratta, pur sottolineando che “il lotto è stato aggiudicato perché ritenuto conforme alle prescrizioni del capitolato speciale”, ha segnalato “la mancanza di

letteratura a supporto della sicurezza ed efficacia in urologia e neurochirurgia”, raccomandando che tanto sia portato a conoscenza degli utilizzatori finali delle suddette branche specialistiche, cui è rimessa ogni valutazione sull’utilizzo. Trattasi, con tutta evidenza, non di mera raccomandazione agli operatori sanitari ad attenersi alle IFU (giacché, in disparte il fatto ch’esse vengono nella nota anzidetta menzionate solo de relato con riferimento a quanto “nel corso delle sedute di gara è stato evidenziato” non si sa da chi, non si comprenderebbe perché siffatta raccomandazione sia stata effettuata solo per il lotto n. 55) e nemmeno di richiamo delle responsabilità gravanti sugli operatori stessi in ordine alla scelta nell’utilizzo dei prodotti (richiamo che da un lato è del tutto superfluo giacché tale responsabilità è del tutto immanente alla professionalità dell’operatore sanitario, dall’altro è a dir poco sospetto, perché ancora una volta limitato al solo lotto n. 55), quanto piuttosto dell’espressa esternazione, proveniente dalla stessa autorità preposta all’approvazione dei verbali di gara ed alla aggiudicazione, di una perplessità di fondo circa l’effettiva corrispondenza (almeno per le branche di urologia e neurochirurgia) di quanto offerto rispetto a quanto richiesto; perplessità indebitamente risolta mediante uno “scarico” di responsabilità del tutto grossolano, per di più con l’inespressa (ma malcelata) riserva, che l’invito, così come del resto la precedente “indagine”, si traduca nel non utilizzo del prodotto per dette specialità (del che, in realtà, avrebbe dovuto eventualmente

dolersi l'originaria aggiudicataria con ricorso incidentale in primo grado, che tuttavia nella sua autonomia – salvo poi avvedersi della “inopportunità” di detta nota solo nell'ultima memoria qui proposta - non ha ritenuto di proporre, nemmeno con riferimento agli asseriti profili di (in)idoneità del prodotto offerto dall'originaria ricorrente, che pertanto del tutto inammissibilmente qui solleva).

Rispetto a detti atti, in conclusione, emergono evidenti la mancanza di chiarezza e la contraddittorietà, che hanno connotato l'operato della stazione appaltante, essendo ravvisabile tra essi quel contrasto inconciliabile, tale da far sorgere dubbi su quale sia l'effettiva volontà dell'Amministrazione, ch'è figura sintomatica dell'eccesso di potere (cfr. C.d.S., Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4982).

5. – In definitiva, gli appelli sono infondati e vanno respinti, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza.

6. – Le spese, liquidate nella misura indicata in dispositivo, séguono, come di régola, la soccombenza nel rapporto tra appellanti ed appellate, tenuto anche conto, ai fini della loro distribuzione, della violazione, da parte del privato appellante, del dovere di sinteticità degli atti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), preliminarmente riuniti i ricorsi indicati in epigrafe, definitivamente pronunciando sugli stessi, li respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna So.Re.Sa. e JOHNSON & JOHNSON MEDICAL S.p.A. alla rifusione di spese ed onorarii del presente grado di giudizio in favore dell'appellata, nella misura rispettivamente di Euro 5.000,00= oltre I.V.A e C.P.A. e di Euro 10.000,00=, oltre I.V.A. e C.P.A.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 13 febbraio 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2014

IL SEGRETARIO

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

