

N. 02273/2014REG.PROV.COLL.

N. 06193/2013 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 6193 del 2013, proposto da:
Teknolab Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso
Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria n. 5;

contro

Becton Dickinson Italia Spa, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Flavio
Lorusso e Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso Giuliano Di Pardo, in Roma, piazza del
Popolo n. 18;
Asl Bari, non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA – BARI - SEZIONE II - n. 01025/2013, resa tra le parti,
concernente affidamento fornitura sistemi di prelievo ematico sottovuoto.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Becton Dickinson Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2013, il Cons. Alessandro Palanza.

Uditi per le parti, nella medesima udienza, gli avvocati Notarnicola, Lorusso e Di Pardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La società Teknolab S.r.l. ha impugnato la sentenza del TAR per la Puglia – sede di Bari n. 1025/2013 che ha accolto il ricorso proposto dalla società Becton Dickinson Italia S.p.a., per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di Teknolab, nonché degli atti presupposti, della procedura aperta indetta dalla ASL di Bari per l'affidamento della fornitura di un sistema di prelievo ematico sottovuoto per un importo a base d'asta pari a € 3.203.484,00 (Euro tremilioniduecentotremila quattrocentottantaquattro).

2. – In fatto occorre premettere che:

- tra i dispositivi rientranti nella fornitura sono previste n. 24.000 provette con tappo di sicurezza, con gel separatore di siero ed attivatore di coagulazione tipo trombina;

- in risposta ad una specifica richiesta di chiarimenti, effettuata nelle more della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, l'Amministrazione specificava l'ammissibilità di "prodotti equivalenti";

- il disciplinare di gara (punti B. 2., B.8., B.9.) prevedeva che la fase delle "verifiche di conformità tecnica e di idoneità dei prodotti offerti" fosse demandata all' "Area Farmaceutica";

- il punto 15 della stessa lettera B. prevedeva poi che, dopo l'aggiudicazione provvisoria, "si procederà agli adempimenti relativi all'aggiudicazione ai sensi degli articoli 11 e 12 del D. Lgs. n. 163/2006";

- sulla base della proposta della Area Farmaceutica, la Commissione, nella seduta di gara del 1.8.2011, escludeva la Teknolab per aver offerto un prodotto non conforme al capitolato ("provetta ... con trombina, ma priva di gel separatore") ed aggiudicava in via provvisoria in favore di Becton Dickinson Italia;

- con successivo verbale di gara del 27.10.2011 la Commissione, sulla base della nota del 24.10.2011 del Responsabile del Laboratorio di Analisi del P.O. Unico di Altamura (che attestava, su richiesta dell'Area Gestione Patrimonio, "che le provette sottovuoto offerte dalle due ditte contenenti come additivo la trombina presentano requisiti funzionali equivalenti"), riammetteva in gara Teknolab e, una volta aperta la busta "offerta economica" di quest'ultima, procedeva alla aggiudicazione in suo favore;

- successivamente, una volta definiti dal TAR, nel senso rispettivamente della improcedibilità ed inammissibilità, i ricorsi innanzi ad esso proposti da Teknolab avverso l'originaria esclusione e da Becton Dickinson Italia avverso la nuova aggiudicazione provvisoria in favore di Teknolab, con deliberazione del D.G. n. 480/2013 veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di Teknolab.

Becton Dickinson ha quindi impugnato dinanzi al medesimo TAR detta aggiudicazione; Teknolab ha per converso proposto ricorso incidentale.

3. – La sentenza del TAR ha accolto il ricorso principale della Becton Dickinson Italia, respingendo il ricorso incidentale della Teknolab.

L'accoglimento del ricorso principale è basato sulla non conformità del prodotto offerto dalla Teknolab ai requisiti previsti dalla disciplina di gara nonché sul fatto che la stessa disciplina attribuisce il giudizio di conformità tecnica esclusivamente all'Area farmaceutica dell'azienda.

La sentenza giudica poi non pertinenti o non fondate le eccezioni avanzate con ricorso incidentale da Teknolab, avverso la legittimità del bando e del disciplinare di gara, sia con riferimento alla configurazione del prodotto oggetto della controversia, sia con riferimento alla attribuzione all'Area farmaceutica della stessa ASL del compito di operare il giudizio di conformità dei prodotti al disciplinare.

4. – L'appellante Teknolab censura con l'atto di appello all'esame la sentenza impugnata sia con riferimento all'accoglimento del ricorso principale sia con riguardo alla reiezione del suo ricorso incidentale.

Quanto al rigetto del ricorso principale, l'appellante osserva in primo luogo che la valutazione espressa dall'Area farmaceutica concerne la mera conformità del prodotto alla specifica tecnica di cui al capitolato tecnico, ma non tiene conto del fatto che - alla stregua dei chiarimenti forniti dalla stessa stazione appaltante nonché ai sensi di precise disposizioni dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006 - è ammessa la fornitura di prodotti equivalenti ancorché non conformi, quale il prodotto offerto dalla medesima appellante.

Tale giudizio di equivalenza non è stato a suo dire svolto dall'Area farmaceutica, che si è limitata ad una pedissequa valutazione di non conformità.

Di fronte all'evidente omissione del giudizio di equivalenza da parte dell'Area farmaceutica, che si era limitata assolutamente al vero il fatto che la provetta con le caratteristiche in questione è prodotta da altri oltre che dalla Becton Dickinson Italia, come ammette l'azienda nel foglio illustrativo della provetta stessa; la disciplina di gara, pertanto, è palesemente anticoncorrenziale se interpretata nel senso di ammettere prodotti fabbricati esclusivamente da un solo operatore economico.

4. – L'appellata Becton Dickinson Italia si è costituita a sostegno della sentenza impugnata, contestando tutti i motivi di appello e riproponendo i motivi assorbiti in primo grado.

Con note di udienza depositate nella imminenza della udienza cautelare del 12 settembre 2013, l'appellata contesta l'ammissibilità dei nuovi documenti presentati in appello il 6 agosto 2013 dalla Teknolab e chiede che essi siano stralciati dal presente giudizio.

Ribadisce poi che la Teknolab ha omesso la dichiarazione circa la volontà di fornire prodotti equivalenti, come richiesto dall'art. 68 del codice dei contratti e dalla giurisprudenza in materia. L'appellata afferma, inoltre, che è improprio il richiamo dell'appellante all'art. 12 del codice dei contratti, sia perché il supplemento di istruttoria si è svolto del tutto fuori dalle modalità previste dal bando e dal disciplinare di gara, sia perché il supplemento stesso è stato chiesto dopo l'apertura dell'offerta economica.

Infine, afferma, è del tutto falso che la provetta offerta e proposta dall'azienda appellata - del tutto conforme ai requisiti richiesti dal capitolato - non sia stata valutata idonea ai fini delle procedure di conservazione del sangue, come dimostra la consultazione della letteratura internazionale in materia.

Erroneamente, a suo avviso, l'appellante sostiene che la provetta descritta nel bando sarebbe prodotta unicamente dalla Becton Dickinson Italia; tale eccezione è invero certamente tardiva rispetto ai termini di impugnazione della *lex specialis* ed è in ogni caso infondata, esistendo altri dispositivi, con effetti del tutto equivalenti, di cui la Becton Dickinson Italia ha indicato i riferimenti nella documentazione depositata.

5. – La società appellante, con nota di udienza depositata in data 9 settembre 2013 in vista della udienza cautelare, ha ribadito che la valutazione di equivalenza è stata operata in modo del tutto esauriente dall'Azienda sanitaria ed è pertanto del tutto irrilevante il dato solo formale della mancanza di apposita dichiarazione al riguardo da parte della stessa Teknolab, giacché l'art. 68 del D.L.gs. n.163/2006 vieta alle stazioni appaltanti di escludere prodotti per i quali il concorrente compri l'equivalenza in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti "con qualsiasi mezzo ritenuto appropriato" dalla stazione appaltante.

Secondo l'appellante non vi è stato, poi, alcun riesame di equivalenza, dal momento che l'Area farmaceutica non lo aveva mai effettuato, limitandosi ad un mero giudizio di conformità.

E', pertanto, legittimo che la stazione appaltante lo abbia richiesto ad altro esperto, certamente il più competente nell'ambito della medesima ASL.

Infine non ha fondamento la censura relativa alla violazione del principio di continuità e concentrazione delle procedure di gara, trattandosi di gara aggiudicata al prezzo più basso ed essendo pertanto vincolato il sistema di aggiudicazione.

6. – Questa Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'istanza cautelare con ordinanza 12 settembre 2013, n. 3627.

7. – Documenti, memorie e note di udienza sono stati prodotti in vista dell'udienza del 5 dicembre 2013.

8. – La causa è stata chiamata ed è passata in decisione alla udienza pubblica del 5 dicembre 2013.

9. – L'appello è infondato.

9.1. - Preliminarmente vanno dichiarate inammissibili perché tardive in quanto prodotte in violazione dei termini abbreviati di cui agli artt. 73 e 119 del c.p.a. e devono perciò essere estromesse dagli atti del giudizio, le note di udienza depositate da Becton Dickinson Italia in data 2 dicembre 2013.

9.2. – Non può considerarsi invece tardiva in relazione ai termini di decadenza la intervenuta impugnazione, da parte dell'odierna appellante, con il ricorso incidentale in primo grado proposto, del bando e del disciplinare di gara, dal momento che l'andamento della vicenda dimostra che la configurabilità di una causa escludente, costituente l'oggetto della controversia, si è determinata solo in corso di gara in virtù della concreta applicazione fatta della legge di gara, per di più con alterne determinazioni, da parte della stazione appaltante, che aveva anche fornito espressi chiarimenti nel senso dell'ammissibilità di prodotti equivalenti.

9.3. – Nel merito, si premette che non sono contestati nel presente giudizio né la non perfetta identità del prodotto offerto in sede di gara dall'odierna appellante, né il fatto che la stessa Teknolab non abbia dichiarato né dimostrato la equivalenza del suo prodotto in allegato all'offerta come previsto dall'art. 68 del D. Lgs. n. 163/2006.

Ciò comporta che la concorrente non ha messo l'Amministrazione nella condizione di poter procedere al preteso giudizio di equivalenza; invero, com'è noto, solo in presenza di offerte dichiarate e provate come equivalenti dal concorrente la stazione appaltante deve verificare la sussistenza dei requisiti descritti al fine di effettuare la valutazione dell'offerta.

Anche ammesso, poi, ch'essa potesse comunque procedere d'ufficio ad una valutazione di equivalenza del prodotto ai sensi dell'art. 68 cit., ciò non poteva che avvenire nel rispetto delle procedure previste dal disciplinare di gara e dunque ad opera degli organi da esso preposti a tale compito, ai quali soltanto possono ritenersi demandate le valutazioni tecniche relative, caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla intrinseca opinabilità delle stesse.

9.4. – Sulla base di questa considerazione dirimente, alla stregua della disciplina di gara, non possono essere ritenuti legittimi, dopo una prima aggiudicazione provvisoria in favore di Becton Dickinson, il suo annullamento in autotutela e la riammissione alla gara di Teknolab disposta sulla base di un giudizio di equivalenza del prodotto espresso da un organo che non è quello competente a farlo ai sensi del disciplinare di gara (e cioè l'area farmaceutica), nonché la conseguenziale nuova aggiudicazione in favore di Teknolab.

9.5. – Invero, anche se, in via generale, anche dopo l'aggiudicazione provvisoria della gara (che nel caso di specie costituiva l'ultimo atto di competenza della stessa a norma della legge di gara), non può negarsi il potere della Commissione di gara di riesaminare nell'esercizio del potere di autotutela il procedimento di gara già espletato (riaprendolo per emendarlo da errori commessi o da illegittimità verificatesi, in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente), ciò non può che avvenire in base ad un formale atto dell'Amministrazione di rimessione degli atti alla Commissione ai fini del riesame delle precedenti valutazioni, nell'esercizio dei poteri di controllo di cui all'art. 12 del D.Lgs. n. 163/2006; e tale atto non risulta nel caso all'esame essere stato adottato.

E' poi determinante ai fini del giudizio il fatto che, qualora il riesame del suo precedente operato, anche alla luce dei rilievi mossi dalla contro interessata (in particolare, per quanto qui ne occupa, in ordine alle "verifiche di conformità tecnica e di idoneità dei prodotti offerti"), comporti la riformulazione di un giudizio tecnico o coinvolgente apprezzamenti discrezionali, per il quale la legge di gara configura come necessario l'apporto di un 'organismo ausiliario" (nella fattispecie l'Area Farmaceutica), siffatto riesame può che avvenire mediante il necessario coinvolgimento di tale organo e cioè del medesimo organo, che l'aveva già effettuata alla stregua del disciplinare di gara o comunque con il suo coinvolgimento; nel caso di specie, come s'è visto, nemmeno questa fondamentale condizione sussiste.

9.6. - Non è rilevante e non è neppure verosimile, poi, che, come sostenuto dalla appellante in base ad un dato meramente letterale (in quanto è utilizzata solo la espressione "non conforme"), che l'Area farmaceutica si sarebbe limitata a valutare la non conformità del prodotto e non abbia proceduto all'esame di equivalenza; è invece da presumere che, nelle circostanze date, il giudizio di non conformità comprenda necessariamente il giudizio di non equivalenza, se non viene altrimenti specificato.

In ogni caso, se è del tutto pacifico che, ai sensi dell'art. 68, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, non è consentito alle stazioni appaltanti respingere un'offerta per il motivo che i prodotti ed i servizi offerti non sono conformi alle specifiche di riferimento, se nell'offerta stessa è data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche, ciò significa che, in caso di prodotto non conforme e di mancanza della citata prova in sede di offerta (il che, come s'è detto, non è contestato nella fattispecie all'esame), ne deriva l'automaticità dell'esclusione, senza che possa ravvisarsi in capo alla stazione appaltante un onere di attività di indagine circa l'eventuale equivalenza.

9.7. - La stessa società appellante afferma poi recisamente, a difesa della seconda valutazione tecnica ad essa favorevole, che, se non emergono illogicità, la valutazione di discrezionalità tecnica non è sindacabile dal giudice; ma tale riconoscimento vale evidentemente in via primaria e a maggior ragione per la valutazione effettuata nell'ambito della procedura di gara dalla Area farmaceutica che, in mancanza di evidenti elementi contrari, deve considerarsi congrua e compiuta, mentre l'invocato "parere tecnico" ad essa favorevole è quanto meno illegittimamente sostitutivo di quello spettante a detto organismo.

9.8. - Le stesse considerazioni in ordine alla sindacabilità della discrezionalità tecnica valgono per respingere i motivi di appello (e veniamo così alle critiche mosse alla sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale di primo grado) relativi alla asserita inidoneità del prodotto offerto dalla Teknolab per la mancanza di valutazione relativa alla conservazione del sangue.

Non emergono infatti elementi di illogicità che consentano di dubitare del giudizio di idoneità espresso dall'Area farmaceutica in conformità al disciplinare di gara.

9.9. – Non emergono illogicità evidenti nella disciplina di gara nemmeno con riferimento alle caratteristiche del prodotto, dal momento che, nella contrapposizione degli argomenti tecnici portati dalle parti, non risulta dimostrato il carattere contraddittorio dei requisiti richiesti, né il fatto che la richiesta di tali requisiti sia finalizzata a favorire l'azienda appellata, come unica produttrice al mondo del prodotto richiesto.

In ogni caso, se non è dimostrata una forma di intenzionalità fraudolenta, neppure questo costituisce motivo di illegittimità, dal momento che, se vi è un unico produttore del prodotto ritenuto necessario, non è vero che questo non possa essere acquistato anche tramite gara, laddove questo elemento di conoscenza venga definitivamente acquisito dalla stazione appaltante grazie alla gara e nel corso della gara.

9.10. - Non sono illegittime neppure le procedure previste dal bando per la valutazione della conformità dei dispositivi clinici a quelli richiesti.

In particolare non può dubitarsi della competenza dell'organo prescelto per tale valutazione, dal momento che, dato l'oggetto della gara di appalto, non vi è alcuna ragione di dubitare della competenza specifica dell'Area farmaceutica, alla luce delle competenze e conoscenze (afferenti anche il campo chimico e microbiologico) spettanti alle strutture farmaceutiche dipendenti dal SSN in ordine all'appropriatezza della generalità dei dispositivi medici oggetto di gara; altrimenti ogni dispositivo sarebbe dovuto essere valutato solo dal principale operatore del dispositivo stesso con il risultato della pratica impraticabilità di una gara unitaria, che prevedeva una molteplicità di dispositivi.

Neppure risulta impropria e illegittima, alla stregua dei parametri di congruità valutabili dal giudice amministrativo, la asserita troppo vasta portata della gara stessa, che riguarda il complesso dei dispositivi di prelievo ematico; lo stesso svolgimento della gara ha del resto dimostrato che pressoché l'intero arco dei dispositivi è prodotto dalle medesime ditte.

9.11 - Va poi respinto anche il motivo relativo alla condanna alle spese pronunciata dal giudice di primo grado, che segue il naturale principio della soccombenza.

10. – L'appello deve essere in definitiva respinto e la sentenza del TAR va confermata anche nelle sue motivazioni, con gli approfondimenti derivanti dalla considerazione dei motivi di appello.

11. – Si ritiene di dover comunque disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze per la presente fase di appello, in deroga alla regola della soccombenza, tenuto in particolare conto del comportamento processuale della parte privata appellata, con riferimento alla violazione dell'obbligo di sinteticità degli atti (in specie in sede di memoria di costituzione).

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate per il presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2014

IL SEGRETARIO

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