

N. 01479/2014 REG.PROV.COLL.
N. 02898/2013 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2898 del 2013, proposto da:
Coloplast S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Rosaria Russo
Valentini, Roberto Bonatti e Roberta Bertolani, con domicilio eletto
presso lo studio di quest'ultima in Milano, Corso Porta Vittoria, n.47;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo e Fondazione Macchi di
Varese, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avv. Giuseppe Gibilisco, con domicilio eletto presso lo
studio dell'Avv. Francesco Mantovani in Milano, Via S. Senatore, 10;

nei confronti di

Bsn Medical S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Barbara Braggio
e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio di
quest'ultimo in Milano, Via Dante, 16;

per l'annullamento

della deliberazione D.G. n. 862 del 21.10.2013, di aggiudicazione definitiva della “Fornitura di materiale di medicazione e medicazioni speciali”, indetta con bando pubblicato nella G.U.U.E. n. 2012/8 del 20.7./2012, in riferimento al lotto n. 83 “medicazioni in poliuretano”, comunicata con nota del 23.10.2013, in parte qua, della comunicazione di aggiudicazione provvisoria del 4.9.2013, in parte qua, e di tutti i verbali di gara e di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, connessi, consequenziali e successivi, anche non espressamente qui menzionati;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto che fosse eventualmente stipulato nelle more tra l'intimata Amministrazione e la controinteressata, e per la condanna al subentro nel contratto, relativo al lotto 83.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo e Fondazione Macchi di Varese e di Bsn Medical S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2014 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. in data 20.7.2012 la stazione appaltante, in qualità di capofila di numerose aziende sanitarie, ha indetto una procedura con il metodo di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della fornitura di materiale di medicazione e medicazioni speciali, avente in particolare ad oggetto, con riferimento al lotto n. 83, "medicazioni in poliuretano" per "ulcere di varia eziologia, medio/alto essudato".

I criteri di selezione delle offerte tecniche attribuivano un massimo di 20 punti per la "valutazione delle caratteristiche degli aspetti tecnico-qualitativi desumibili dalla documentazione richiesta", 25 per la "corrispondenza alle esigenze di manualità, alle tecniche in uso e agli indirizzi terapeutici degli operatori, affidabilità e sicurezza d'uso", e 5 per il "confezionamento, etichettatura".

In esito alle operazioni valutative, malgrado l'attuale ricorrente avesse presentato la migliore offerta economica, la stessa si classificava al secondo posto dietro la controinteressata, a causa dell'esiguità del punteggio ottenuto con riferimento al primo dei detti parametri (12/20), di otto punti inferiore a quello assegnato alla controinteressata (20/20).

Con il presente ricorso, in primo luogo, si è dedotta l'illegittimità dell'ammissione alla procedura da parte della controinteressata, ed in via subordinata, del visto giudizio qualitativo espresso dalla commissione in sede di attribuzione dei punteggi.

La stazione appaltante e la controinteressata si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 1457/13 si è accolta la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 16.4.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) Con il primo motivo, la ricorrente sostiene che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di che trattasi, per non aver reso la dichiarazione di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/06, in ordine all'assenza delle cause ostative alla partecipazione ad una gara pubblica, come invece richiesto da tale norma e dal disciplinare di gara, con riferimento al Sig. David Hall, procuratore di Bsn Medical. Il motivo è infondato.

L'Allegato A al disciplinare di gara prevedeva la compilazione di un modello di dichiarazione unica, valevole per tutti i soggetti menzionati dall'art. 38 c. 1 lett. b) e c), richiedendo altresì l'onere di allegare al medesimo le dichiarazioni rese da tutti i soggetti, diversi dal dichiarante, individuati dalla medesima norma.

La controinteressata ha correttamente rilasciato la dichiarazione di cui al predetto Allegato A, sottoscritta dal Sig. Giovanni Ambra, attestante il possesso dei requisiti generali in capo ad una serie di soggetti, tra i quali anche il predetto Sig. Hall, omettendo tuttavia, con riferimento a quest'ultimo, di allegare anche la sua specifica ulteriore dichiarazione, sottoscritta dallo stesso, in considerazione del

fatto che il medesimo “pur essendo procuratore, non riveste poteri tali da renderlo equiparabile ad un amministratore con poteri di rappresentanza”.

Il Collegio dà atto, in primo luogo, che la concorrente ha pertanto rilasciato una dichiarazione, sottoscritta da soggetto pacificamente abilitato ad esprimerne la volontà, nella quale si è attestata l'assenza delle cause ostative di cui al predetto art. 38 D.Lgs. n. 163/06, in capo al predetto Sig. Hall, il quale non è effettivamente mai stato destinatario di alcun provvedimento penale, né ha al momento procedimenti pendenti a suo carico.

Quanto precede è di per sé sufficiente ai fini del rigetto del motivo, atteso che la mancata sottoscrizione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 da parte di tutti gli amministratori della società partecipante ad una gara pubblica non integra alcun vizio ove, come accaduto nel caso di specie, la dichiarazione sia stata comunque resa da uno dei legali rappresentanti della società aventi poteri di amministrazione, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante di rendere tali dichiarazioni può essere legittimamente assolto dal suo rappresentante legale, anche avuto riguardo ai terzi (C.S., Sez., V, 5.2011 n. 3200, 15.10.2010 n. 7524, 19.11.2009 n. 7244).

Fermo quanto precede, di per sé già idoneo a supportare il rigetto del motivo, il medesimo risulta altresì infondato in relazione a quanto affermato da Ad. Plen. n. 23 del 16.10.2013, secondo cui, con riferimento al rilascio delle dichiarazioni di che trattasi, “qualora la

lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38, ma soltanto là ove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione”.

Nel caso di specie, come detto, il procuratore è pacificamente in possesso del requisito, così come la *lex specialis* non prevedeva l'esclusione del concorrente, quanto meno, nel caso di omessa produzione delle specifiche dichiarazioni sottoscritte dai singoli procuratori, a fronte del rilascio di una dichiarazione, di cui al predetto Allegato A, che dava atto dell'insussistenza delle cause ostative, con riferimento a ciascuno degli stessi.

II) Con il secondo motivo la ricorrente censura il giudizio espresso dalla commissione giudicatrice sui propri prodotti, in relazione al parametro “valutazione delle caratteristiche degli aspetti tecnico-qualitativi desumibili dalla documentazione richiesta”.

II.1) In via preliminare, la difesa della controinteressata solleva un'eccezione di inammissibilità del motivo, che conterrebbe censure tra loro incompatibili, tuttavia non introdotte in forma alternativa dalla ricorrente, ciò che ne precluderebbe lo scrutinio da parte del Collegio. In particolare, con un primo ordine di motivi, la ricorrente censurerebbe le valutazioni adottate della Commissione a fondamento delle proprie valutazioni, ciò che, in caso di fondatezza, darebbe luogo ad un annullamento parziale della procedura, ed all'aggiudicazione dell'appalto in favore della stessa. Con un secondo

ordine di censure la ricorrente lamenterebbe invece l'illegittima integrazione dei criteri previsti dalla *lex specialis* ad opera della Commissione, ciò che darebbe invece luogo al travolgimento dell'intera procedura. Tale conseguenza sarebbe inoltre in contrasto con il *petitum* del ricorso, volto ad ottenere l'aggiudicazione, ed il conseguente affidamento, o subentro, nel contratto.

L'eccezione non ha pregio.

In via preliminare, il Collegio dà atto che la ricorrente ha articolato due motivi di ricorso, il primo proposto "in via principale, circa la esclusione della B.S.N. Medical S.r.l. dalla gara", ed il secondo invece "in via subordinata, sull'illegittimità nell'attribuzione del punteggi tecnici". La graduazione delle censure, di cui la controinteressata evidenzia la mancanza, è stata invece correttamente formulata dalla ricorrente.

Con particolare riferimento alle viste affermazioni contenute nell'ambito del secondo motivo, in base alle quali, dall'accoglimento di taluni profili evidenziati nel medesimo deriverebbe l'aggiudicazione in favore della ricorrente, ed altre, parimenti contenute nel detto motivo, per le quali, in caso di fondatezza di altri profili, dovrebbe invece darsi luogo ad un travolgimento, parziale, della procedura, ritiene il Collegio che le stesse non incidano minimamente sull'ammissibilità del detto motivo. Tutte le predette censure sorreggono infatti un'unica domanda, indirizzata avverso l'operato della commissione, nella sola parte in cui la stessa ha

espresso il giudizio sull'offerta tecnica della ricorrente, e ciò con riferimento ad un solo criterio di valutazione, senza invece dedurre vizi dal cui accoglimento deriverebbe il travolgimento dell'intera procedura, da cui consegue l'inconfigurabilità della dedotta incompatibilità delle censure contenute nell'ambito di tale motivo.

II.2.1) Nel merito, il ricorso è fondato.

Oggetto della fornitura di cui al Lotto n. 83 erano le “medicazioni in poliuretano”, precisandosi, nel c.s.a., che le stesse dovevano essere “con gel idroattivo: schiuma in poliuretano rivestita da un film permeabile ai vapori e idrorepellente, conformabile, morbida e traumatica alla rimozione”. In sede di risposta a chiarimenti formulati in sede di gara, la stazione appaltante precisava che “la medicazione deve essere rivestita da un film antiaderente che può essere un gel idroattivo, oppure silicone, o altro”, e che “il rivestimento può anche essere diverso, purché garantisca la non aderenza alla ferita”.

A fronte di quanto precede, con il giudizio in questa sede censurato, la Commissione ha penalizzato di otto punti il prodotto della ricorrente rispetto a quello della controinteressata, poiché le medicazioni offerte “non presentano film antiaderente a contatto con la ferita”.

Osserva il Collegio che, come sopra esposto, il prodotto offerto dalla ricorrente, in luogo di un “film antiaderente”, presenta invece una “schiuma antiaderente”, e che, in base alla predetta risposta al

chiarimento n. 25, detto “film antiaderente” può consistere in un gel idroattivo, in silicone, o anche “altro”, dovendosi pertanto ricomprendere in tale definizione residuale anche la “schiuma antiaderente” di cui al prodotto della ricorrente.

II.2.2) La difesa della stazione appaltante evidenzia in contrario che “la commissione ha valutato di maggior peso il prodotto che presenta uno strato di silicone, frutto di una tecnologia brevettata, rispetto ad un prodotto che non pone alcuna pellicola interna tra la schiuma in poliuretano e la ferita stessa, e da tale differenza fa derivare la differenza di punteggio tecnico”.

L’argomento non ha pregio, trattandosi di considerazioni svolte solo in sede difensiva, senza che delle stesse vi sia alcun riferimento nell’ambito degli atti di gara, i quali, come detto, hanno motivato il minor punteggio assegnato alla ricorrente unicamente con riferimento alla mancanza del film aderente nel prodotto della ricorrente, e non invece, come pretenderebbe la resistente, in considerazione della sua scarsa qualità.

Per i medesimi motivi non ha rilievo l’assunto della controparte, secondo cui “la superiorità qualitativa del silicone rispetto alla schiuma è pacificamente riconosciuta dalla letteratura scientifica in materia”.

Le valutazioni espresse dalla Commissione, e conseguentemente l’oggetto del presente giudizio, non vertono infatti sul raffronto qualitativo tra una medicazione a base di silicone ed altra che

impieghi invece “schiuma antiaderente”, dovendosi invece accertare unicamente se la predetta schiuma sia o meno assimilabile ad un “film antiaderente”, poiché la Commissione lo ha escluso, con ciò tuttavia disattendendo la *lex specialis* ed i chiarimenti interpretativi forniti sul punto dalla stessa stazione appaltante.

II.2.3) Nella propria memoria finale la controinteressata sostiene che la ricorrente non avrebbe dimostrato in sede di gara l'equivalenza funzionale del proprio prodotto con quello offerto dall'aggiudicatario, con ciò violando l'art. 68 D.Lgs. n. 163/06, secondo cui il concorrente che propone soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche è tenuto a segnalarlo.

Anche tale censura non coglie nel segno, atteso che, sulla base della *lex specialis*, come interpretata dalla predetta risposta della stazione appaltante al quesito n. 25, doveva ritenersi che il prodotto offerto della ricorrente fosse già pienamente conforme alle specifiche tecniche richieste, non dovendosi pertanto darsi luogo ad alcun giudizio di equivalenza, né, conseguentemente, all'assolvimento di alcun onere probatorio in tal senso.

II.2.4) In conclusione, il giudizio della Commissione ha illegittimamente penalizzato i prodotti offerti dalla ricorrente, in quanto formulato sulla base di un presupposto errato, dando luogo all'attribuzione di un modesto punteggio qualitativo (12/20), risultato decisivo nella formazione della graduatoria finale. L'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata deve

pertanto essere annullata, avendo la ricorrente formulato la migliore offerta economica, ed ottenuto i medesimi punteggi dell'aggiudicataria nell'ambito degli altri criteri valutativi, classificandosi pertanto al secondo posto unicamente in considerazione del minor punteggio attribuito dalla Commissione nella valutazione tecnica censurata nell'ambito del presente motivo.

III) Nella propria memoria finale la ricorrente afferma, senza essere smentita sul punto dalle altre parti, che tra la stazione appaltante e la controinteressata è stato stipulato il contratto per la fornitura dei prodotti di che trattasi, chiedendone una declaratoria di inefficacia.

Ritiene il Collegio che tale domanda vada accolta, con riferimento al lotto n. 83, impugnato nel presente giudizio, attesa la sussistenza, nel caso di specie, degli elementi di cui all'art. 122 c.p.a.

La ricorrente ha infatti formulato la migliore offerta economica, ed ottenuto il massimo del punteggio qualitativo nei parametri diversi da quello censurato nell'ambito del presente giudizio, avendo pertanto dimostrato la sussistenza di un'effettiva possibilità di conseguire l'aggiudicazione, alla luce dei vizi riscontrati.

Anche in relazione allo stato di esecuzione del contratto, va preso atto che lo stesso è stato avviato solo nel corso del presente giudizio, a fronte di una sua durata triennale, ed avente peraltro ad oggetto prodotti di uso corrente, potendo così ragionevolmente supporre che anche successivamente alla scadenza del detto triennio la stazione appaltante continui ad approvvigionarsi degli stessi.

Infine, quanto alla decorrenza della presente pronuncia di inefficacia del contratto, la stesa è fissata nel termine di 120 giorni dalla pubblicazione o comunicazione della presente sentenza, necessario allo svolgimento delle operazioni di rinnovo parziale della gara, descritte nel successivo punto V.

IV) La ricorrente formula altresì una domanda di subentro nel predetto contratto, atteso che l'unica motivazione addotta dalla Commissione per l'attribuzione di un punteggio inferiore al massimo sarebbe quella censurata nell'ambito del presente ricorso. Non residuando pertanto altri elementi tali da indurre la stessa Commissione all'attribuzione di un punteggio inferiore a quello massimo, conseguirebbe necessariamente l'aggiudicazione in favore della ricorrente, tenuto conto dei punteggi già attribuiti dalla stessa negli altri criteri di valutazione, e con riferimento all'offerta economica.

Osserva il Collegio che, in base al citato art. 122 c.p.a., la possibilità di subentrare nel contratto, è subordinata, oltreché alla presentazione della relativa domanda, al fatto che “il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara”, laddove invece nel caso di specie le operazioni valutative devono essere, in parte, rinnovate.

Come già evidenziato nel precedente punto II.1, il subentro della ricorrente nel contratto sarebbe stato possibile unicamente in caso di accoglimento del primo motivo di ricorso, che è stato tuttavia rigettato. L'accertata fondatezza del secondo motivo non può invece

dare luogo, *sic et simpliciter*, all'aggiudicazione in favore della ricorrente, ma semplicemente ad una nuova formulazione dei giudizi da parte della Commissione, emendati dai vizi dedotti nella presente sentenza.

L'annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione non priva infatti l'Amministrazione del potere-dovere di provvedere sul punto controverso (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 3.5.2010 n. 2298), atteso che il giudicato amministrativo non esplica in assoluto un effetto di radicale inibitoria dell'esercizio dei poteri dell'Amministrazione in ordine alla fattispecie su cui è intervenuta la decisione di annullamento, ma consente alla stessa, in osservanza dei limiti che derivano dal giudicato, di procedere alla riedizione del potere inciso dall'annullamento in sede giurisdizionale o amministrativa, in osservanza del quadro di disposizioni che ne regolano l'esercizio (C.S., Sez. III, 9.5.2012 n. 2686).

V) Infine, va pertanto accolta la domanda, formulata dalla ricorrente in via subordinata, di riduzione della durata del contratto di che trattasi.

Come già evidenziato nel precedente punto III), l'efficacia del predetto contratto è subordinata al decorso termine di 120 giorni dalla pubblicazione o comunicazione della presente sentenza, necessari al rinnovo parziale delle operazioni di gara, successivamente al quale, il medesimo diverrà per l'appunto inefficace.

Nell'ambito del predetto termine, fermi restando i punteggi attribuiti in relazione all'offerta economica, ed ai parametri "corrispondenza alle esigenze di manualità, alle tecniche in uso e agli indirizzi terapeutici degli operatori, affidabilità e sicurezza d'uso", e "confezionamento, etichettatura", la Commissione procederà ad una nuova valutazione in relazione al parametro "valutazione delle caratteristiche degli aspetti tecnico-qualitativi desumibili dalla documentazione richiesta".

Quanto precede, in conformità alla giurisprudenza ormai consolidata secondo cui "l'annullamento in sede giurisdizionale di atti espressione della potestà valutativa dell'organo collegiale non determina effetti privativi della sfera di attribuzioni dell'organo stesso, nell'originaria composizione, nel caso debba procedersi alla riedizione dell'atto con emenda dei vizi che ne avevano causato l'annullamento (C.S., Sez. VI, 6.7.2010 n. 4300), poiché nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara, pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa (Ad. Plen. 26.7.2012 n. 30).

In conclusione, il ricorso va accolto, dovendosi annullare l'aggiudicazione, dichiarare inefficace il contratto stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata, con decorrenza fissata nel

termine di 120 giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in relazione alla soccombenza reciproca, ed alla complessità delle questioni tecniche dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2014

IL SEGRETARIO

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