

Publicato il 09/03/2022

N. 01699/2022REG.PROV.COLL.
N. 08629/2021 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 8629 del 2021, proposto dalla Sago Medica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Linda Balsemin e Serena Cafora, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Arianna Cecutta, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna – Servizio Acquisti Metropolitan, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti

della Cea Milano s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Annalisa Quartiroli, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, sede di Bologna, sez. I, 20 luglio 2021, n. 718, che ha respinto il ricorso, proposto per l'annullamento della determina del 4 marzo 2021, con la quale l'Ausl Bologna ha aggiudicato a Cea Milano s.p.a. il lotto n. 1 della gara europea a procedura aperta per la fornitura triennale di Dispositivi di Protezione dell'Operatore DPI anti x (lotto 1) e Guanti a protezione anti x (lotto 2) per le esigenze degli enti sanitari dell'Area Vasta Emilia Centrale (Avec).

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cea Milano s.p.a.;

Viste le memorie depositate da Cea Milano s.p.a. in date 25 ottobre 2021 e 4 febbraio 2022;

Viste le memorie depositate dalla Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna Bologna in date 25 ottobre 2021, 31 gennaio 2022 e 4 febbraio 2022;

Viste le memorie depositate dalla Sago Medica s.r.l. in date 31 gennaio 2022 e 4 febbraio 2022;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 17 febbraio 2022 il Consigliere Giulia Ferrari ed uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto.

FATTO

1. L'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, con determinazione n. 2068 del 30 settembre 2020, ha indetto una gara europea a procedura aperta per la fornitura triennale di Dispositivi di Protezione dell'Operatore DPI anti x (lotto 1) e Guanti a protezione anti x (lotto 2) per le esigenze degli enti sanitari dell'Area Vasta Emilia Centrale (Avec).

La Sago Medica s.r.l. ha preso parte alla competizione per l'aggiudicazione del primo lotto, classificandosi seconda, dopo la Cea Milano s.p.a., alla quale è stato aggiudicato il lotto conteso con determina del 4 marzo 2021.

2. L'aggiudicazione è stata impugnata (ricorso n. 290/2021), dinanzi al Tar Bologna deducendo numerosi vizi di illegittimità.

In particolare, è stato contestato come la campionatura esaminata dalla commissione, proposta da 3 grembiuli, fosse differente e parziale rispetto a quanto previsto nell'offerta tecnica. Inoltre, la taglia di uno dei grembiuli era M e non L, come richiesto dal disciplinare di gara.

La controinteressata, poi, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver offerto grembiuli sanificabili ma con un detergente e non un disinfettante, circostanza che rendeva i prodotti inadatti a rispondere alle richieste del bando. Da queste incongruenze derivava anche l'irrazionalità e manifesta illogicità del giudizio della commissione, che attribuiva il punteggio di "buono" a questi prodotti nonostante questi non fossero regolari. L'aggiudicataria, inoltre, non aveva presentato le certificazioni richieste dal bando, ma mere autodichiarazioni.

3. Con sentenza 20 luglio 2021, n. 718, la sez. I del Tar Bologna ha respinto il ricorso.

4. La sentenza 20 luglio 2021, n. 718 del Tar Bologna è stata impugnata con appello notificato in data 30 settembre 2021 e depositato il successivo 12 ottobre 2021.

5. Si è costituita in giudizio la Ausl Bologna, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello, mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

6. Si è costituita in giudizio la Cea Milano s.p.a., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello, mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

7. All'udienza pubblica del 17 febbraio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame della eccezione di inammissibilità dell'appello per essere lo stesso infondato nel merito.

Oggetto della controversia è l'aggiudicazione del lotto 1 della gara bandita per la fornitura triennale di Dispositivi di Protezione dell'Operatore DPI anti x.

Il Lotto 1 è stato aggiudicato alla Sago Medica s.r.l. con il punteggio complessivo di punti 96,02 (di cui punti 80 per la qualità dell'offerta e punti 16,02 per il prezzo), mentre l'appellante si è collocata al secondo posto con complessivi punti 91,03 (di cui punti 75,70 per la qualità dell'offerta e punti 15,33 per il prezzo). Il distacco tra la prima e la seconda classificata è pari a punti 4,99.

Con il primo motivo l'appellante afferma che l'aggiudicataria, nel presentare la propria offerta, non si è attenuta all'art. 7 del Disciplinare di gara, che onera ogni ditta concorrente a produrre un campione per ciascuno dei prodotti presentati. Cea avrebbe presentato solo tre campioni sui cinque offerti e, per di più, non relativi ai "modelli principali" e di taglia diversa da quella indicata nel disciplinare ("M" in luogo di "L").

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

L'art. 7.3 del Disciplinare di gara, con riferimento al Lotto n. 1 ha previsto, quanto alla campionatura, il deposito di grembiuli di diverso modello e di taglia L. Ha poi chiarito che per la campionatura pervenuta in ritardo o che sia difforme a quanto richiesto dallo stesso Disciplinare debba essere attivato l'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti.

L'aggiudicataria avrebbe dovuto dunque produrre un campione di grembiule indicato ai punti a), b) e c) del Disciplinare. La circostanza che abbia offerto più grembiuli con riferimento ai punti b) e c) non la onerava a presentare, per ciascuno di questi, il relativo campione, essendo sufficiente il deposito di "un" campione.

In ogni caso – ed il rilievo assume carattere assorbente di ogni altra considerazione – a fronte di carenze nella campionatura l'aggiudicataria sarebbe stata ammessa, in applicazione del principio del soccorso istruttorio ad integrare quanto depositato. La *lex specialis* di gara – la cui osservanza vincola per prima la stazione appaltante – prevede (punto 7.3 del Disciplinare), infatti, espressamente che “la campionatura pervenuta oltre il termine sopra citato o difforme con quanto previsto dalla presente gara e dall'offerta economica senza prezzi, comporterà la procedura del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del Codice”.

Data la premessa, consegue che se la stazione appaltante avesse ritenuto che la campionatura del grembiule taglia “M” non fosse stata idonea a mostrare le caratteristiche del prodotto offerto ben avrebbe potuto chiedere di depositare anche un grembiule di taglia “L”; non lo ha fatto per l'evidente ragione che per valutare la qualità del prodotto non rileva la taglia dello stesso, essendo le caratteristiche indipendenti dalla dimensione.

La conclusione alla quale è pervenuto il Collegio è, del resto, conforme alla funzione della campionatura che, secondo la costante giurisprudenza della Sezione (15 marzo 2021, n. 2243; id. 5 maggio 2017, n. 2076), non è un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica documentale, essendo destinata a comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi detti, appunto, campioni, la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti. In altri termini, la campionatura, pur non costituendone una componente essenziale ed intrinseca, resta strettamente connessa all'offerta tecnica ed è funzionale alla sua migliore valutazione qualitativa (Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2021 n. 5135; id. 20 agosto 2020, n. 5149).

2. Con il secondo motivo l'appellante deduce la violazione dell'art. 1, sez. II (Parte tecnica), del Capitolato speciale perché la Commissione non ha escluso

Cea, nonostante i grembiuli e i collari da questa offerti non possedessero il requisito di essere “lavabili/sanificabili”.

Preliminarmente deve essere accolta l’eccezione formulata da Cea e dalla Asl di stralciare dalla documentazione versata in atti le relazioni elaborate da tecnici, perché prodotte da Sago per la prima volta in appello, in violazione del divieto dei nova ex art. 104, comma 2, c.p.a..

Nel merito, il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Il citato art. 1 del Capitolato, nell’individuare le caratteristiche del prodotto, prevede che “Il DPI deve essere lavabile/sanificabile. Per le diverse tipologie di lavaggio previste, [occorre] indicare il numero massimo a cui il DPI può essere sottoposto senza perdita delle caratteristiche intrinseche”.

Il Capitolato prevede dunque il lavaggio ma non individua una modalità specifica (con immersione nell’acqua o con spugna e con detersivi specifici), con la conseguenza che sia il lavaggio effettuato dall’aggiudicataria che quello di Sago appaiono ammissibili.

Quanto alla sanificazione – procedura ben diversa dalla sterilizzazione – la Cea nella propria offerta tecnica ha previsto che “tutti i tessuti Xenolite possono essere disinfettati e sanificati con agenti disinfettanti a base di ammonio quaternario (Qat’s) diluiti con acqua o con disinfettanti a base di “ossigeno attivo” ed ha indicato la Lista di agenti disinfettanti/detergenti a base di Qat’s o di ossigeno attivo approvati a livello globale. Ha poi illustrato le qualità del prodotto Radioprotex Sanitizer, che è utilizzabile anche per sanificare, nonché del disinfettante Sanitizer, che abbatte la carica batterica almeno fino a 24 ore dalla sanitizzazione. I grembiuli dell’aggiudicataria sono dunque sanificabili e disinfettabili (con ammonio quaternario o con ossigeno attivo). Non essendo previsto dalla lex specialis di gara un sanificante specifico, l’offerta della aggiudicataria appare anche sul punto conforme.

La conclusione alla quale è pervenuto il Collegio non è smentita dal richiamo, operato dall’appellante, al documento Fise Auil (Associazione unitaria industrie lavanderie) che, essendo rivolto a coloro che svolgono attività di

lavanderia, non attiene alla materia oggetto della controversia; parimenti irrilevanti sono le Linee guida Ispesl “sulla attività di sterilizzazione quale protezione collettiva da agenti biologici per l’operatore nelle strutture sanitarie d.lgs. n. 81 del 2008 e s.m.i.”, essendo relative al processo di sterilizzazione non oggetto delle previsioni di gara, nonchè il d.P.R. 14 gennaio 1997 (Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private), che non disciplina la pulizia dei Dispositivi di protezione individuale.

3. Privo di pregio è anche il terzo motivo, con il quale si afferma che l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato in gara unicamente autocertificazioni e non una certificazione rilasciata da un Ente notificato europeo. La questione attiene, in particolare, alle certificazioni aggiuntive richieste dal Disciplinare di gara e relative ai valori di attenuazione, al peso e allo spessore dei Dpi perché, con riferimento certificazioni di conformità dei Dpi alla normativa europea, l’aggiudicataria ha depositato il certificato n. FI20/965897, rilasciato il 29 maggio 2020 dall’Organismo Notificato SGS FIMKO OY con sede in Finlandia.

Il Collegio condivide le conclusioni alle quali è pervenuto il giudice di primo grado in ordine alla sufficienza dell’autocertificazione, stante la mancanza di una norma che prevede la certificazione di un Organismo Notificato, con la conseguenza che la *lex specialis* di gara, utilizzando il termine certificato non poteva che riferirsi anche alla attestazione rilasciata dal produttore dei Dpi.

4. Con il quarto motivo l’appellante afferma che erroneamente il giudice di primo grado ha dichiarato inammissibile la censura sull’assunto che la ricorrente avrebbe sostituito con una propria personale valutazione i punteggi attribuiti dalla Commissione. Sago, infatti, aveva censurato l’attribuzione all’aggiudicataria di punti relativi a caratteristiche dell’offerta tecnica che, in realtà, non sarebbero state descritte dal concorrente.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Giova premettere il principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che sia affetta da manifesta illogicità (Cons. St., sez. V, 18 marzo 2019, n. 1748; 14 gennaio 2019, n. 291); vizio questo che – alla luce della documentazione versata in atti e degli scritti difensivi – non appare affatto inficiare la valutazione compiuta dalla Commissione.

E' infatti insindacabile, perché tutt'altro che illogico, l'aver assegnato punteggi all'offerta dell'aggiudicataria con riferimento alla voce lavaggio anche in considerazione di quanto chiarito sub 1, dovendo escludersi che l'offerta sia, in parte qua, carente. L'offerta della controinteressata prevede il lavaggio, la sanificazione e la disinfezione dei grembiuli ed è quindi stata giustamente valutata dalla Commissione.

5. Conclusivamente, per quanto precede, l'appello deve essere respinto.

Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 cod.proc.civ.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese e degli onorari del giudizio che liquida in complessive tre mila euro, da ripartire in parti eguali tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022

con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO