

Publicato il 12/07/2021

N. 04808/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00637/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 637 del 2021, proposto da
EXPERTMED S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Carlo Catarisano, con
domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del suo difensore;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA DELL'UNIVERSITA'
DEGLI STUDI DELLA CAMPANIA LUIGI VANVITELLI, rappresentata
e difesa dall'Avv. Mario R. Spasiano, con domicilio eletto in Napoli al Corso
Vittorio Emanuele n. 110/2 e con domicilio digitale presso la PEC Registri
Giustizia del suo difensore;

nei confronti

NG MED S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria
dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (d'ora in seguito
anche "AOU Vanvitelli") n. 533 del 18 dicembre 2020, avente ad oggetto

l'aggiudicazione in favore di NG MED S.r.l. della procedura aperta per la fornitura annuale di dispositivi medici per il trasporto di emocomponenti;

b) della nota dirigenziale dell'AOU Vanvitelli prot. n. 4175 dell'11 febbraio 2021, con cui non è stata accolta l'istanza, presentata dalla società ricorrente il 27 gennaio 2021, di annullamento in autotutela della suddetta determinazione dirigenziale ed è stata confermata l'aggiudicazione;

c) in via subordinata, del bando di gara di cui alla RDO n. 2693906 e delle specifiche tecniche ivi allegate;

d) di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ove lesivo degli interessi della ricorrente;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nonché per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante il subentro nel contratto o, in via gradata, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza collegiale n. 408 del 2 marzo 2021, con cui è stata respinta l'istanza cautelare;

Vista l'ordinanza collegiale n. 3037 del 6 maggio 2021, con cui sono stati disposti incombenti istruttori;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a. sulla redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2021 il dott. Carlo Dell'Olio e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137/2020;

Premesso che:

- la società ricorrente partecipava alla procedura aperta per la fornitura annuale di dispositivi medici per il trasporto di emocomponenti, indetta dall'AOU Vanvitelli mediante la piattaforma MEPA e regolata dal criterio del prezzo più basso, collocandosi al secondo posto in graduatoria dopo l'aggiudicataria NG MED S.r.l.;
- la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione intervenuto in favore di tale società, reso con determinazione dirigenziale dell'AOU Vanvitelli n. 533 del 18 dicembre 2020, nonché il provvedimento di conferma di tale aggiudicazione, emesso con la nota dirigenziale prot. n. 4175 dell'11 febbraio 2021 in epigrafe, adducendo che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per difformità dei dispositivi medici offerti rispetto alle specifiche tecniche allegate al bando di gara di cui alla RDO n. 2693906;
- la medesima muove altresì, in via subordinata, doglianze volte ad infirmare, attraverso la contestazione del bando di gara e delle specifiche tecniche in esso recepite, l'intera procedura selettiva espletata;
- all'impugnativa sono accluse le istanze di accertamento di inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento del danno meglio individuate in epigrafe;

Rilevato, in punto di fatto, che:

- le specifiche tecniche allegate al bando prevedevano la fornitura di due diverse tipologie di dispositivi, così descritti: i) un contenitore secondario monouso, in materiale plastico, per il conferimento delle singole sacche di emocomponenti, munito di marchio CE e certificato come dispositivo medico, nella quantità di 10.000 unità; ii) un contenitore terziario monouso, rigido ed impermeabile, in materiale riciclabile non inquinante, dotato di divisorio per eventuale alloggio di prodotti refrigeranti, di manico per il trasporto e di chiusura non manomettabile, nella quantità di 7.500 unità;
- gli incumbenti istruttori disposti in corso di causa hanno dato conto che in data 5 gennaio 2021 è stato stipulato il contratto di fornitura con la società

NG MED e che tale contratto non è, attualmente, in avanzato stato di esecuzione, dovendo l'AOU Vanvitelli essere ancora approvvigionata di svariate migliaia di contenitori secondari e terziari al fine di soddisfare il previsto fabbisogno annuale (cfr. documentazione depositata dalla difesa dell'Ateneo in data 14 maggio 2021 in esecuzione dell'ordinanza collegiale istruttoria n. 3037 del 6 maggio 2021);

Considerato che:

- con una prima censura, la ricorrente deduce che la NG MED avrebbe meritato l'esclusione dalla gara perché i contenitori secondari offerti non sarebbero conformi alle specifiche tecniche allegate al bando, non essendo classificabili come dispositivi medici ed essendo privi del marchio CE. In particolare, la medesima denuncia quanto segue: "Tale circostanza (cioè l'assenza della qualità di dispositivo medico, ndr.) è dimostrata dal fatto che al codice prodotto del contenitore secondario "9003" indicato nell'offerta economica di NG MED non corrisponde alcun numero di repertorio come dispositivo medico nell'elenco dei dispositivi medici tenuto dal Ministero della Salute. Da tale elenco dei dispositivi medici, cercando con il nome del produttore indicato nella scheda tecnica di NG MED (Intermedica S.r.l.), risulta che il solo dispositivo medico per il trasporto degli emocomponenti è quello corrispondente al kit indicato con riferimento al componente terziario (cfr. codice prodotto "9001" indicato sempre nell'offerta economica di NG MED in corrispondenza del contenitore terziario e non anche di quello secondario). Oltre a non essere dispositivo medico, il contenitore secondario offerto da NG MED è privo anche del richiesto marchio CE, come dimostra la foto del medesimo contenitore riportata a pag. 5 della scheda tecnica. Tale marchio è invece presente sul contenitore terziario.";

- la censura, come complessivamente articolata, è fondata e merita accoglimento, essendo comprovate dalle emergenze processuali le circostanze di fatto riferite in gravame, ossia che figura nell'elenco dei dispositivi medici tenuto dal Ministero della Salute solo il contenitore terziario proposto da NG

MED, identificato nell'offerta con il codice prodotto 9001, mentre non è rinvenibile in detto elenco il contenitore secondario parimenti proposto, individuato nell'offerta con il codice prodotto 9003. La stessa scheda tecnica acclusa all'offerta di NG MED avvalorata tale dato, laddove, nella parte dedicata alla descrizione delle caratteristiche del contenitore secondario (lett. c), pagina 5), non fa alcun riferimento, a differenza di quanto dichiarato in relazione al contenitore terziario (pagina 3 della scheda), al possesso della qualità di dispositivo medico. Del pari, è evidente, soffermandosi sulle foto dei prodotti inserite nella scheda tecnica in parola, che la marcatura CE è presente solo sul contenitore terziario ma non su quello secondario. Insomma, è conclamato, sulla scorta di quanto emerge da una semplice disamina dell'offerta, come integrata dalla scheda tecnica alla stessa allegata, che i contenitori secondari proposti in gara dalla NG MED erano privi di qualità essenziali prescritte dalle specifiche tecniche di bando, in termini di appartenenza alla categoria dei dispositivi medici e del possesso della tipica marcatura di prodotto CE;

- né vale sostenere, come obiettato dalla difesa dell'Ateneo, che il contenitore terziario, presentandosi come kit completo per il trasporto di emocomponenti, andrebbe utilizzato sempre in abbinamento con i contenitori secondari, inglobando così questi ultimi nell'ambito dei dispositivi medici con marchio CE;

- infatti si ribadisce, in virtù dei dati identificativi riportati nella stessa offerta della NG MED, che il contenitore terziario, pur essendo denominato come "B.O. Kit", ha un codice prodotto diverso da quello del contenitore secondario, per cui non può essere assolutamente configurato quale kit comprendente al suo interno uno o più contenitori secondari, altrimenti questi ultimi non sarebbero stati individuati con un codice prodotto a parte. Costituisce conferma di ciò la stessa descrizione del dispositivo contrassegnato con il codice 9001, laddove nell'offerta in commento si specifica, appunto, che il prodotto "9001. B.O. Kit" è un "Contenitore

terziario dotato di marchio CE e certificato come dispositivo medico”, senza minimamente accennare alla presenza al suo interno di contenitori secondari previsti come dotazione necessaria. D'altronde, anche le foto del contenitore terziario presenti in scheda tecnica depongono nello stesso senso qui esplicitato, rendendo definitivamente implausibile la tesi del contenuto composito di tale contenitore;

- si applica, pertanto, il consolidato orientamento secondo il quale l'offerta di ogni concorrente deve essere conforme sin dal principio alle caratteristiche tecniche previste nella disciplina di gara, atteso che difformità, anche parziali, si risolvono in un “aliud pro alio”, che giustifica l'esclusione dalla selezione; pertanto, ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'espressa previsione in tal senso, essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta proposta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*, le quali, in quanto tali, assumono valore di elementi essenziali dell'offerta ai fini del soddisfacimento delle particolari esigenze dell'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018 n. 565; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2016 n. 1818; TAR Campania Napoli, Sez. V, 4 luglio 2019 n. 3703). Tuttavia, per scongiurare tale epilogo, laddove intenda avvalersi della clausola di equivalenza ex art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, la ditta interessata ha l'onere di dimostrare già nella propria offerta l'equivalenza tra i servizi o tra i prodotti, non potendo pretendere che tale accertamento sia compiuto d'ufficio dalla stazione appaltante o, addirittura, che sia demandato alla sede giudiziaria una volta impugnato l'esito della gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 3 agosto 2018 n. 4809; TAR Toscana, Sez. III, 15 gennaio 2019 n. 92). Ebbene, di tale dimostrazione di equivalenza, quanto ai contenitori secondari, tra prodotto proposto e prodotto richiesto – da rendere nelle rigorose forme e modalità contemplate dai commi 7 e 8 dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 – non si rinviene alcuna traccia nell'offerta dell'aggiudicataria. Invero, l'offerta in questione si è limitata a descrivere le caratteristiche del contenitore secondario dando conto di un palese contrasto con le specifiche tecniche del bando in

termini di carenza di qualità essenziali, senza addurre alcun parametro normativo di equivalenza, tratto dal succitato art. 68, che giustificasse tale non corrispondenza con le prescrizioni della *lex specialis*. In definitiva, non essendo predicabile nella specie nemmeno l'applicazione del principio di equivalenza delle specifiche tecniche, l'offerta dell'aggiudicataria doveva essere assolutamente estromessa dalla selezione;

- deriva da quanto esposto che il provvedimento di aggiudicazione della fornitura, reso con determinazione dirigenziale n. 533 del 18 dicembre 2020, e il provvedimento di conferma di tale aggiudicazione, emesso con nota dirigenziale prot. n. 4175 dell'11 febbraio 2021, sono illegittimi per violazione della *lex specialis* di gara – dovendo l'aggiudicataria NG MED essere esclusa dalla procedura aperta per difformità della sua offerta rispetto alle specifiche tecniche di bando – e, pertanto, meritano di essere rimossi dal mondo giuridico. Restano assorbite le censure meno invasive qui non esaminate, nonché quelle dedotte in via subordinata avverso l'intera selezione espletata; Considerato altresì, quanto alle connesse domande di accertamento di inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento del danno, che:

- come sopra chiarito, è stato già sottoscritto il contratto di fornitura dei dispositivi medici con la società aggiudicataria, per cui, in ragione dei contrapposti interessi delle parti, della posizione di seconda classificata della società ricorrente e della sua effettiva possibilità di subentrare in un appalto in non avanzato stato di esecuzione, deve essere dichiarato inefficace, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il suddetto contratto con decorrenza dal quindicesimo giorno successivo alla notificazione, o comunicazione in via amministrativa laddove anteriore, della presente sentenza;

- si reputa, infine, che la tutela in forma specifica e la pretesa risarcitoria avanzate in gravame debbano essere accolte nei seguenti termini: a) una volta disposta l'aggiudicazione in favore della società ricorrente sotto le condizioni di legge, la stazione appaltante potrà optare o per l'integrale reintegra in forma specifica dell'interesse leso mediante la stipula di un nuovo contratto di

fornitura avente la medesima durata di quello originario, oppure per il risarcimento per equivalente in relazione alla fase contrattuale non espletata unitamente al subentro nel rapporto per la rimanente fase; b) resta inteso che la misura del risarcimento per equivalente dovrà consistere nella percentuale di utile atteso dalla ricorrente sul prezzo offerto per la fornitura, ragguagliato al periodo contrattuale già svolto in relazione alla quantità di dispositivi nel frattempo forniti dalla precedente aggiudicataria. Tuttavia, non potendosi ricavare precise indicazioni in tal senso dall'offerta della ricorrente né dai suoi scritti difensivi, detta percentuale di utile va presuntivamente determinata – trattandosi nella specie di materiale di consumo ospedaliero di non elevato valore aggiunto – nella cifra del 3% sul prezzo dei singoli dispositivi fissato in offerta;

Ritenuto, in conclusione, che:

- il ricorso deve essere accolto nei termini sopra precisati, mediante l'annullamento degli impugnati provvedimenti di aggiudicazione e di conferma dell'aggiudicazione e mediante la concessione delle suddette misure ripristinatorie dell'interesse leso;
- le spese processuali devono essere addebitate alla soccombente AOU Vanvitelli, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini precisati in motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione, reso con determinazione dirigenziale n. 533 del 18 dicembre 2020, e il gravato provvedimento di conferma di tale aggiudicazione, emesso con nota dirigenziale prot. n. 4175 dell'11 febbraio 2021, disponendo le misure ripristinatorie dell'interesse leso parimenti indicate in motivazione.

Condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli a rifondere in favore della società ricorrente le

spese processuali, che si liquidano in complessivi € 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre IVA, CPA ed importo del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 7 giugno 2021 e 30 giugno 2021, tenutesi con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO