

N. 00075/2016REG.PROV.COLL.

N. 06975/2015 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 6975 del 2015, proposto da:  
Intersurgical Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Della Fontana, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in  
Roma, Via Cosseria, n. 2;

contro

Asl To2 Azienda Sanitaria Locale Torino, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Angeletti, Stefano Vinti, con domicilio  
eletto presso Stefano Vinti in Roma, Via Emilia n. 88; Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord S.C. A R.L.,  
A.S.L. To 4 Cirié', Chivasso, Ivrea;

nei confronti di

Covidien Italia S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso E Associati Srl Grez in  
Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE II n. 01079/2015, resa tra le parti, concernente  
aggiudicazione definitiva gara appalto per la fornitura di dispositivi medici vari e accessori anestesia e rianimazione - ris.  
Danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl To2 Azienda Sanitaria Locale Torino e di Covidien Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2015 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parti gli avvocati  
Alberto Della Fontana, Carlo Angeletti e Gabriele Pafundi su delega di Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. - Con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 15 febbraio 2013, la Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto la fornitura triennale di dispositivi medici ed accessori per anestesia e rianimazione occorrenti alle A.S.L. To 2 e To 4, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società Intersurgical s.p.a. ha impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte l'aggiudicazione definitiva in favore di Covidien Italia s.p.a. del lotto n. 77 (caschi per CPAP, caschi per NIV e materiali accessori) di importo complessivo a base d'asta pari ad euro 212.880,00 e di tutti i verbali della gara, ivi compresi il verbale della seduta della commissione giudicatrice del 5 dicembre 2013 ed il verbale della seduta pubblica di gara del 12 dicembre 2013, chiedendo l'annullamento degli atti predetti, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con il subentro della società appellante e, in subordine, la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno ingiusto per equivalente. La società ricorrente in primo grado e attuale appellante deduceva la violazione della lex specialis di gara con riferimento al paragrafo 2.4 del capitolato speciale (che prevedeva che la commissione di gara avrebbe valutato, in prima istanza, unicamente i prodotti privi di ftalati e solo in loro assenza altri prodotti) e dell'art. 75 del D.P.R. n. 445 del 2000. Si affermava che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver reso una dichiarazione non veritiera, in merito all'assenza di ftalati dai dispositivi offerti per il lotto n. 77; che la presenza di ftalati nei dispositivi proposti da Covidien s.p.a. sarebbe confermata dalle schede tecniche allegata all'offerta; che, inoltre, vi sarebbe una difformità tra la scheda tecnica ed il campione consegnato in gara da Covidien s.p.a., poiché nella scheda la valvola bidirezionale risulterebbe "posta sul corpo del casco", mentre il campione presenterebbe una valvola sfusa in separato "custom pack".

2. - Il TAR ha respinto il ricorso in quanto la Covidien s.p.a. ha regolarmente dichiarato, in sede di offerta, l'assenza di ftalati per i dispositivi rientranti nel lotto n. 77, utilizzando lo schema allegato al capitolato di gara (doc. 9 della difesa della A.S.L.) in corrispondenza al prodotto effettivamente offerto, mentre le schede tecniche non sono predisposte per la gara ma come documentazione relativa al prodotto, recano la dicitura "contiene ftalati; disponibile versione senza ftalati", che conferma la dichiarazione resa in sede di offerta e il contrassegno visibile sulla campionatura di gara, nel senso che in gara era evidentemente offerta la versione senza ftalati. Il TAR giudicava infondata l'ulteriore censura dedotta dalla ricorrente, relativa alla posizione della valvola bidirezionale nel corpo del casco in quanto il capitolato di gara non dettava particolari prescrizioni sul posizionamento della valvola.

3. - La società appellante ha impugnato la sentenza contestandone tutte le motivazioni. Il primo motivo di appello ribadisce che la sentenza è erronea in quanto il corpus principale della offerta tecnica è costituito dalle schede tecniche dei prodotti offerti nei quali dovevano essere indicati secondo il capitolato di gara: "tutti gli elementi necessari ed indispensabili all'individuazione dei requisiti offerti". L'etichettatura apposta successivamente sulla campionatura non può, in base ai principi generali in materia di gare pubbliche, integrare tardivamente l'offerta tecnica ma deve invece necessariamente corrispondere alla scheda tecniche medesime, dovendo solo comprovare l'offerta come presentata in origine.. Anche il secondo motivo di appello sottolinea la erroneità della sentenza per non aver dato peso ad una evidente difformità nelle caratteristiche tecniche e fisiche del campione di prodotto successivamente depositata rispetto a quelle descritte nella scheda tecnica in sede di presentazione della offerta tecnica. La sentenza è erronea anche perché ha respinto la richiesta di verifica o ctu riguardo alla questioni sollevate. Pertanto la società appellante chiede anche in appello che, in caso di dubbio, sia disposta la verifica o CTU volta ad accertare che i prodotti presentati non corrispondono alle dichiarazioni rese e, in esito del giudizio, sia accolto l'appello annullando i provvedimenti impugnati, dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Amministrazione resistente e la controinteressata e accogliendo la domanda di tutela in forma specifica con l'aggiudicazione a favore dell'appellante della fornitura di cui è causa ed il suo subentro nel contratto per la parte residua di durata dello stesso nonché risarcimento del danno per la quota di tempo già trascorsa. In via subordinata, si chiede l'integrale risarcimento del danno per equivalente.

4. - La controinteressata società Covidien Italia SpA si è costituita in data 3 settembre 2015 depositando memoria a sostegno della sentenza impugnata e contestando i motivi di appello.

5. - In data 18 settembre 2015 si è costituita l'Amministrazione appellata, depositando documentazione diretta a dimostrare l'assenza di ftalati nella fornitura della società vincitrice della gara e presentando memoria in data 28 settembre 2015.

6. – La società appellante ha presentato memoria di replica alle memorie avversarie ribadendo le proprie argomentazioni anche alla luce della giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato.

7. – Alla udienza pubblica del 15 ottobre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - L'appello non è fondato nel merito. Il Collegio prescinde pertanto dall'esame delle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità sollevate dalle parti resistenti.

8.1. – La controversia deve essere decisa alla luce dei criteri non formali e di tassatività delle cause di esclusione o di annullamento degli atti in materia di appalti conseguenti ai principi deducibili dalle disposizioni di cui all'art 38, comma 2-bis, e 46, commi 1-bis e 1-ter del codice degli appalti, in combinato disposto tra di loro.

8.2. - Con il primo motivo di appello l'appellante deduce che dalle schede tecniche relative ai prodotti in causa (lotto 77, rif. 1, rif. 3A e 3B) presentate dalla società Covidien si evince la presenza di ftalati in contrasto con la dichiarazione formalmente resa dalla stessa società circa la totale assenza di ftalati dai prodotti. Per uno dei prodotti (lotto 77, rif. 1) la scheda afferma che è disponibile la versione senza ftalati; per altri due prodotti (rif. 3A e 3B) viene utilizzata la formula DEHP FREE con l'ulteriore precisazione "*incluso nella regolamentazione annex I 67/548/CE*", che prevede la presenza di ftalati non DEHP (non pericolosi) e non indica invece la completa esclusione di ftalati come fa invece la formula PHT FREE. La società appellante richiama l'art. 2.1 del Capitolato speciale di gara secondo il quale, nelle "*schede tecniche dei prodotti offerti*" dovevano "essere indicati tutti gli elementi necessari e indispensabili all'individuazione dei requisiti tecnici dei presidi offerti" e ne deduce che le schede tecniche individuano quindi "*il corpo sostanziale*" della offerta tecnica. In sostanza l'offerta tecnica presentata da Covidien sarebbe carente su un punto essenziale e determinante ai fini dell'accoglimento dell'appello. Secondo lo stesso appellante la successiva presentazione in fase di svolgimento della gara della campionatura dotata di etichettatura PHT FREE non poteva rimediare alla carenza originaria della offerta tecnica ed anzi aggrava la anomalia rilevata nella presentazione dell'offerta, che non può certo essere successivamente corretta o integrata secondo i principi generali in materia di appalti.

8.3. – Il Collegio ritiene che le censure contenute nel primo motivo di appello (soprattutto con riferimento ai prodotti rif. 3A e 3B) non siano irrilevanti, ma non siano sufficienti a inficiare la regolarità dell'offerta della società Covidien in presenza di una contraria autocertificazione intorno alla quale ruota tutta la sistemica di gara e che è risultata conforme al vero nel prosieguo della gara e in fase di esecuzione del contratto. La sistemica disegnata dal capitolato di gara è organicamente impostata sulla base dell'autocertificazione e della regola fissata dall'art. 2.4. del capitolato di gara, dove si precisa che "*inizialmente verranno valutati unicamente i prodotti privi di ftalati*" e solo ove non siano disponibili si passerà a valutare le altre offerte. Dall'autocertificazione discendono moduli diversi, diverse imbustazioni e diverse procedure per i prodotti contenenti ftalati e per quelli che non li contengono. Per quanto attiene alla documentazione tecnica, il capitolato di gara all'art. 2.1 prevede, di conseguenza, che in una unica busta siano compresi la dichiarazione sulla presenza/assenza di ftalati unitamente alle schede tecniche. Il capitolato prevede quindi la contestuale e interconnessa presentazione delle schede tecniche e della dichiarazione concernente la presenza o la assenza dei ftalati. Si deve perciò arguire che la documentazione tecnica risulta dalla unione della dichiarazione in questione e dalle schede tecniche con particolare riferimento alla presenza di ftalati. Ne consegue che nelle modalità di presentazione della offerta tecnica previste dal capitolato la funzione di documentazione sul punto specifico in contestazione è assolta da un documento più qualificato e appositamente richiesto quale la dichiarazione di autocertificazione sul punto specifico, che: è decisiva nel definire la procedura nella quale la offerta rientra, comporta una precisa responsabilità della società allegante ed è sottoposta alla verifica dell'Amministrazione, come ogni altro requisito nella fase successiva all'aggiudicazione.

8.4. - Da questo punto di vista risulta determinante il fatto che l'autocertificazione non è smentita dalle verifiche successive. Né l'appellante si spinge fino a trarre tutte le conseguenze da una affermazione di falsità della dichiarazione resa dalla controinteressata (con riferimento alla dichiarazione di autocertificazione e alla etichettatura apposta sui campioni) e dall'Amministrazione (con riferimento alle verifiche compiute sui campioni e dopo l'aggiudicazione). La società appellante si limita a richiedere una verifica o c.t.u. Per un verso la stessa richiesta verifica o c.t.u. implica che, secondo la stessa società appellante, l'elemento decisivo in presenza di una contraria autocertificazione non possano essere le rilevate imprecisioni nelle schede tecniche (che possono essere irregolarità formali), ma la effettiva presenza o assenza di ftalati nei prodotti offerti. Gioca quindi un ruolo decisivo ai fini dell'esito della causa la conferma della veridicità della dichiarazione stessa. Per altro verso, la stessa richiesta di verifica o di c.t.u. non può essere assecondata in mancanza di un qualsiasi concreto principio di prova senza del quale la certificazione o c.t.u. finisce per avere carattere esplorativo. Infatti la società appellante, oltre ai rilievi attinenti alle schede tecniche, non fornisce alcun elemento attinente ai dispositivi per dubitare della contraria affermazione della Amministrazione resistente, che conferma

l'assenza di ftalati di qualsiasi tipo nei campioni e nei prodotti infine forniti. Ed è all'Amministrazione appaltante che spetta in primo luogo di verificare la corrispondenza dei prodotti forniti alla offerta tecnica.

8.5. – Può inoltre aggiungersi, oltre alla già rilevata sistematica del capitolato di gara per la quale le schede tecniche devono essere lette in modo integrato con l'autocertificazione come documentazione qualificata e prevalente sul punto specifico (v. punto 8.3.), che i rilievi attinenti alla formulazione delle medesime schede tecniche non sostanziano compiute, argomentate e inequivocabili affermazioni contrarie a quella resa con l'autocertificazione sulla completa assenza di ftalati. Ciò è del tutto evidente nel primo caso (rif.1), ove la scheda tecnica precisa esplicitamente che sono disponibili versioni prive di ftalati; ma, se la scheda tecnica viene letta in modo integrato con la autocertificazione, analoga precisazione può ritenersi implicita o omessa per mero errore anche negli altri casi (rif. 3A e 3B), considerata la spiegazione che la medesima società controinteressata offre laddove, pur ammettendo le formulazioni contestate dall'appellante, fa notare che le schede tecniche sono predisposte, in via standardizzata, come avviene di norma, per una pluralità di prodotti o una pluralità di versioni per lo stesso prodotto con diverse varianti.

8.6. – Il secondo motivo di appello riguarda un'altra difformità della scheda tecnica rispetto al campione presentato per il prodotto rif. 1 del medesimo lotto. La scheda tecnica contiene una figura identificativa del dispositivo completa di valvola direzionale inserita nel corpo del casco. Alla figura corrisponde la descrizione contenuta nella parte esplicativa della scheda tecnica che, a proposito della stessa valvola direzionale, dice: "*posta sul corpo del casco*". Dall'esame del campione successivamente presentato dalla società Covidien, la società appellante ha constatato che la valvola anziché essere posizionata nel punto indicato dalla scheda tecnica risulta contenuta in una busta separata. Inoltre l'appellante nota che il prodotto del campione risulta difforme da quello presentato nella scheda tecnica. La scheda tecnica descrive infatti il prodotto con caratteristiche che corrispondono a quelle coperte dal Brevetto europeo n. EP 1 797 )25 B1 di titolarità della società appellante e che pertanto non erano utilizzabili dalla contro interessata: per questo (secondo l'appellante) il prodotto offerto viene modificato in sede di presentazione della campionatura.

8.7. – Sempre secondo l'appellante, il TAR ha anche in questo caso equivocato e non ha colto la censura che riguarda la difformità tra offerta tecnica e campione e non la conformità o meno del prodotto al capitolato di gara. A giudizio di questo Collegio la motivazione del TAR va intesa nel senso che la difformità individuata dalla società appellante costituisce, ai sensi del combinato disposto degli articoli 46 comma 1-bis, e 38, comma 2-ter, del codice degli appalti (posti a base della presente decisione al punto 8.1.) una irregolarità non essenziale che non può dar luogo ad esclusione della società Covidien. Con riferimento ai principi sanciti dalle norme richiamate, la decisione del TAR su questo punto deve essere condivisa. Infatti non è dimostrata la rilevanza della questione ai fini della correttezza formale della offerta perché la collocazione della valvola non è un requisito richiesto nel capitolato di gara. Né è dimostrata la sua rilevanza sul piano sostanziale visto che l'appellante non dimostra che la sua diversa collocazione abbia un qualsiasi effetto in grado di incidere sulla funzionalità e sulla qualità del prodotto. Per le medesime ragioni non sussistono i presupposti per disporre una verifica o una c.t.u., perché tali strumenti istruttori dovrebbero essere mirate ad accertare circostanze che non sono giudicate rilevanti ovvero che non sono state nemmeno ipotizzate dalla controparte quali eventuali disfunzionalità dell'apparato.

9. - L'appello deve essere pertanto respinto alla stregua dei criteri non formali e di tassatività delle cause di esclusione richiamati al punto 8.1.. La sentenza del TAR deve essere confermata con motivazione solo in parte diversa in relazione alla attenta considerazione dei motivi di appello.

10. - Pur considerando la materia in cui verte la causa, le spese tra le parti devono essere compensate, in deroga al principio per cui esse seguono la soccombenza, in relazione alle imprecisioni nella compilazione delle schede tecniche ammesse dalla società controinteressata e alle mancate richieste di chiarimento da parte della stazione appellante, le quali, pur non essendo essenziali ai fini della decisione, hanno dato plausibile adito alla impugnazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

respinge l'appello.

Spese compensate tra le parti per la presente fase del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2016

IL SEGRETARIO

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