

N. 03455/2016REG.PROV.COLL.

N. 02529/2016 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 2529 del 2016, proposto dalla s.p.a. Baxter, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Mario Siragusa, Federico Marini Balestra e Marco Zotta, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Mario Siragusa in Roma, piazza di Spagna, n. 15;

contro

l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna - Servizio Sanitario Regionale Emilia Romagna, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Stefano Argnani e Arianna Cecutta, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Maria Rosaria Russo Valentini in Roma, piazza Grazioli, n. 5;

nei confronti di

della s.r.l. Alea, del Servizio Acquisti Metropolitano dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna - Policlinico S. Orsola-Malpighi, dell'Istituto Ortopedico Rizzoli, dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola, dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Ferrara, dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Ferrara, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro-tempore*, non costituiti;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Emilia-Romagna, Sezione II, n. 281 del 2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna - Servizio Sanitario Regionale Emilia Romagna;

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 23 giugno 2016 il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Mario Siragusa, Federico Marini Balestra e Stefano Argnani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso r.g. n. 1081 del 2015 (proposto al TAR per l'Emilia Romagna), la s.p.a. Baxter, classificatasi al 2° posto nelle graduatorie per l'aggiudicazione dei lotti n. 2 e n. 3 della gara per la fornitura triennale di sistemi elastomerici per infusione per le esigenze delle aziende sanitarie dell'area vasta Emilia centrale e dell'Azienda USL della Romagna, impugnava i seguenti atti:
 - a) la determinazione dell'Azienda U.S.L. di Bologna in data 10 novembre 2015, con la quale era stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei lotti ad Alea S.r.l.;
 - b) la nota della stazione appaltante in data 5 novembre 2015, con la quale venivano comunicati gli esiti delle verifiche tecniche eseguite sui prodotti di Alea s.r.l., nonché tutti gli atti presupposti.
2. - La società ricorrente deduceva la violazione degli artt. 2, 68 e 83 e ss. del D. Lgs. n. 163 del 2006; della *lex specialis* di gara e, in particolare, dell'art. 5 e dell'allegato n. 5 del Capitolato speciale d'Appalto, nonché l'eccesso di potere, sotto i profili del travisamento dei fatti, del difetto di istruttoria e di motivazione, di carenza dei presupposti, di perplessità ed irrazionalità manifeste.
 - 2.1. - In particolare, la Società Baxter lamentava che il "sistema elastomerico per infusione" oggetto della fornitura offerto da Alea S.r.l. non risulta possedere le caratteristiche di "sistema chiuso", come richiesto nell'Allegato 5 della *lex* di gara sotto la voce "caratteristiche generali", presentando un foro di diametro 4/5 mm nel serbatoio esterno (caratteristica che in caso di rottura della matrice elastometrica permetterebbe una fuoriuscita del farmaco).
 - 2.2. - La ricorrente riteneva illegittima, inoltre, l'aggiudicazione alla Società Alea per asserita mancata verifica dell'anomalia dell'offerta, e, quindi, per violazione degli artt. 64 e ss., 86 e ss. del D. lgs. n. 163 del 2006; inoltre, per eccesso di potere, sotto i profili di travisamento dei fatti, illogicità, difetto di istruttoria, falsa applicazione della delibera ANAC n. 7/2011.
 - 2.3. - Ulteriore censura rivolgeva alle norme della *lex specialis*, ove le stesse si ritengano consentire che l'operazione di calcolo del punteggio, ai fini della verifica dell'anomalia, siano effettuate prima dell'operazione di riparametrazione dei punteggi relativi alle offerte tecniche.
 - 2.4. - La Società Baxter chiedeva, quindi, la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed il conseguimento dell'aggiudicazione o, in subordine, il risarcimento del danno.
3. - Con la sentenza n. 281 del 3 marzo 2016 in epigrafe, il T.a.r. di Bologna respingeva il ricorso, con condanna alle spese di giudizio nell'importo di €. 4.000,00.
 - 3.1. - La sentenza affermava che il dispositivo offerto dall'aggiudicataria Alea, secondo la documentazione depositata in gara, è un "sistema chiuso" e che il foro nel guscio di protezione esterno è irrilevante perché la *lex* di gara impone la chiusura della sola membrana elastomerica interna.
 - 3.2. - Ai fini della verifica di anomalia, la sentenza riteneva rilevante il punteggio conseguito dalle concorrenti prima della riparametrazione.
4. - Con l'appello in esame, la Società Baxter lamenta l'erroneità e ingiustizia della sentenza per i seguenti motivi:
 - a) - non conformità e inidoneità dei prodotti di ALEA per carenza del requisito "sistema chiuso" - erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione violazione degli artt. 2, 68 e 83 e ss. del D.lgs. n. 163 del 2006 - violazione dell'art. 5 e dell'allegato n. 5 del Capitolato speciale d'Appalto - omessa pronuncia - illogicità manifesta della motivazione.
 - b) - mancata verifica di anomalia dell'offerta - erroneità della sentenza per violazione degli artt. 64 e ss. e 86 e ss. del D.lgs. n. 163 del 2006 - eccesso di potere, sotto i profili di travisamento dei fatti, illogicità, difetto di istruttoria, falsa applicazione della delibera ANAC n. 7/2011 - illegittimità delle regole di gara.
5. - Resiste in giudizio l'Amministrazione appellata intimata, chiedendo il rigetto dell'appello.
6. - All'udienza pubblica del 23 giugno 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è infondato.

2. - La sentenza ha ritenuto che dalla documentazione tecnica si evincesse che il dispositivo offerto da ALEA fosse "a sistema chiuso"; che fosse irrilevante che l'involucro esterno presentasse un foro, risultando invece chiuso il "serbatoio"; che la *lex specialis* non richiedesse un dispositivo ermetico.

2.1. - L'appellante muove al ragionamento del primo giudice sostanzialmente tre critiche:

a) il prodotto di ALEA non può definirsi "sistema chiuso", proprio perché presenta un foro sulla parte protettiva esterna;

b) la certificazione di qualità ISO non è idonea ad attestare la rispondenza del prodotto offerto alla specifica tecnica di gara;

c) la certificazione ISO ha scadenza il 28 novembre 2015, data successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma precedente alla sottoscrizione del contratto e non risulta che ALEA ne abbia chiesto il rinnovo.

Né la stazione appaltante, né il TAR, erroneamente, hanno verificato il persistere del possesso dei requisiti di ammissione alla gara fino all'aggiudicazione.

2.2. - Il Collegio ritiene che non possa dubitarsi del possesso da parte del prodotto offerto dall'aggiudicataria dei requisiti richiesti dall'allegato n. 5 alla lettera di invito, che, quanto alle caratteristiche tecniche generali, richiedeva un «sistema chiuso idoneo all'infusione continua di farmaci in terapia analgesica post-operatoria».

2.3. - Il sistema poteva essere a flusso predeterminato o a flusso variabile.

Il sistema a flusso predeterminato doveva essere costituito da: «- un serbatoio (*reservoir*) a palloncino di materiale elastomerico di uso medicale, trasparente, robusto ed estremamente estensibile, chimicamente inerte che garantisce la compatibilità/stabilità dei farmaci destinati alla somministrazione; - un contenitore esterno di protezione antischiacciamento in materiale plastico robusto e trasparente che consente un'agevole ispezione visiva del contenuto e un costante controllo del comportamento della soluzione all'interno del "*reservoir*" (doc. 8 della produzione di primo grado dell'Azienda).

2.4. - Si tratta delle stesse caratteristiche che ALEA ha autocertificato (doc. 29 della produzione dell'Azienda in primo grado) e che sono confermate dalla scheda tecnica del prodotto, la quale attesta espressamente il "sistema chiuso" e descrive il corpo esterno di protezione rigido antischiacciamento «chiuso in modo ermetico senza possibilità di manomissione», riportando, inoltre, che «la via di riempimento del serbatoio diversa dalla via di somministrazione comprende una valvola unidirezionale che impedisce il prelievo del farmaco una volta caricato il sistema» (cfr. doc. 35 produzione di primo grado dell'Azienda).

Tale descrizione coincidente, contenuta nell'autodichiarazione e nella scheda tecnica, a parere del Collegio, fa ritenere la conformità del prodotto alle previsioni di gara.

2.5. - Peraltro, l'uso conforme alle istruzioni del produttore è idoneo a prevenire i pericoli di non sicurezza del dispositivo e, inoltre, i pericoli paventati dall'appellante sembrano ipotesi eccezionali, non contemplate nelle previsioni di gara, che non ha voluto introdurre requisiti più stringenti rispetto alla normativa di marchiatura CE.

E' significativo, invece, al riguardo, che una circolare del Ministero della salute (4017-28 gennaio 2015-DGDFSC-COD_UO-P Direzione Generale Dispositivi Medici e del Servizio farmaceutico), nell'impartire una serie di raccomandazioni per la gestione dei sistemi elastomerici di infusione, non faccia riferimento ai pericoli paventati dall'appellante connessi all'uso di dispositivi che presentino fori sull'involucro esterno.

2.6. - Dunque, attesa la sufficienza degli elementi probatori richiamati, può prescindersi dalla questione prospettata dall'appellante concernente la validità temporale della certificazione ISO.

Del resto, quando un prodotto possiede le caratteristiche descritte alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, e non viene modificato o sostituito nel corso della procedura di individuazione del contraente (circostanza questa pacifica tra le parti), non si comprende per quali ragioni dovrebbe non possedere più le medesime caratteristiche tecniche al momento dell'aggiudicazione.

3. - Quanto al secondo motivo di appello, correttamente la sentenza impugnata ha ritenuto che non vi sia violazione dell'art. 86, comma 2, del codice dei contratti.

3.1 - In effetti, la lettera di invito specificava chiaramente che «ai fini dell'anomalia dell'offerta si terrà conto del punteggio affidato dalla commissione prima della riparametrazione» (cfr. doc. 2 della produzione di primo grado dell'Azienda, pag. 18).

3.2. - Né tale regola della *lex specialis* può ritenersi illegittima per contrasto con l'art. 86 del codice degli appalti n. 163 del 2006.

Per l'art. 86, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Non si fa riferimento all'eventuale riparametrazione (facoltà questa riservata all'Amministrazione).

Il punteggio da prendere in considerazione ai fini dell'anomalia è quello effettivo, conseguito da ciascuna offerta, e non quello più alto risultante dall'eventuale attività di riparametrazione effettuata dalla stazione appaltante che abbia previsto di esercitare tale facoltà, la quale ha il solo scopo di «preservare l'equilibrio fra i diversi elementi - qualitativi e quantitativi - stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta» (Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 266; sez. III, 25 febbraio 2016).

Non vi è ragione, ai fini di individuazione della soglia oltre la quale l'offerta si può considerare anomala, di tenere conto di punteggi riparametrati (ossia aumentati e confrontati fittiziamente ad altri fini).

4. - Conclusivamente, l'appello va respinto.

5. - Le spese del secondo grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano per questa fase del giudizio in euro 3.000, oltre iva e cpa come per legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello n. 2529 del 2016, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alle spese di giudizio in favore dell'Amministrazione appellata, che liquida in euro 3.000, oltre iva e cpa come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 01/08/2016

IL SEGRETARIO

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