

Publicato il 25/10/2016

N. 01333/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00492/2016 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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 492 del 2016, proposto da:
Fresenius Kabi Italia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Giuseppe Franco Ferrari e Giuseppe Gallenca, con domicilio eletto
presso il secondo in Torino, via XX Settembre, 60;*

contro

*Azienda Ospedaliera Universitaria Città della Salute e della
Scienza di Torino, rappresentata e difesa dagli avv.ti Silvia Di Palo
e Luigi Bisi, con domicilio eletto in Torino, corso Bramante, 88;*

nei confronti di

*Haemonetics Italia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria
Alessandra Sandulli, Flaminia Aperio Bella, Roberto Colagrande,
con domicilio eletto presso l'avv. Fabio Fantini in Torino, via
Vanvitelli, 13/B;*

per l'annullamento

- della comunicazione prot. n. 30769 del 25 marzo 2016 e di tutti i suoi allegati, limitatamente all'aggiudicazione definitiva del lotto n. 1 in favore della ditta Haemonetics Italia s.r.l.;
- della deliberazione D.G. n. 372/2016 del 23 marzo 2016 di aggiudicazione definitiva e di tutti i suoi allegati, limitatamente al lotto n. 1;
- ove occorra, di tutti i verbali delle sedute di gara
- per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto;
- per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2016 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando spedito per la pubblicazione il 22 giugno 2015, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto la fornitura di sistemi completi di aferesi produttiva e terapeutica, suddivisi in tre lotti, per la durata di 72 mesi (rinnovabile per ulteriori 36 mesi), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La controversia in esame riguarda il lotto n. 1, relativo a "sistemi completi per aferesi produttiva raccolta multicomponente con piastrine", di importo a base di gara pari ad euro 1.320.000,00.

La ricorrente Fresenius Kabi Italia s.r.l., seconda classificata, impugna l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Haemonetics Italia s.r.l., deducendo motivi così riassumibili:

- 1) violazione degli artt. 2, 38, 46, 48, 68, 74 e 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del d.P.R. n. 445 del 2000, violazione degli artt. 16 e 21 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per molteplici figure sintomatiche: la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, per aver falsamente dichiarato che "non vi sono rifiuti liquidi e solidi derivanti dal materiale necessario per il funzionamento di ogni strumento", dal momento che i circuiti monouso devono essere necessariamente smaltiti dopo ogni operazione di aferesi;*
- 2) sotto altro profilo, violazione degli artt. 2, 38, 46, 48, 68, 74 e 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del d.P.R. n. 445 del 2000, violazione degli artt. 16 e 21 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per molteplici figure sintomatiche: la società aggiudicataria non avrebbe allegato alla propria offerta tecnica i certificati di conformità (alle norme di sicurezza CEI 66-5, alle direttive UE, alle regole sulla marcatura CE) per i "gruppi di continuità" a corredo delle apparecchiature, richiesti a pena d'esclusione dalla lex specialis di gara;*
- 3) sotto altro profilo, violazione degli artt. 2, 38, 46, 48, 68, 74 e 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del d.P.R. n. 445 del 2000, violazione degli artt. 16 e 21 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per molteplici figure sintomatiche: la società aggiudicataria avrebbe offerto un sistema di tracciabilità informatica (denominato*

e-Lynx) privo della funzione di lettura dei bar-code della data di scadenza, ossia di un requisito prescritto dal capitolato di gara a pena d'esclusione;

4) violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione degli artt. 16 e 21 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per molteplici figure sintomatiche: la commissione giudicatrice non avrebbe adeguatamente motivato i punteggi assegnati alle offerte tecniche (in misura identica per la Fresenius Kabi Italia s.r.l. e per la Haemonetics Italia s.r.l.), specialmente in relazione ai parametri "possibilità di acquisire con lettore ottico i dati della procedura" e "tracciabilità, bidirezionalità, identificazione del donatore e lettura ottica delle provette".

Si sono costituite l'amministrazione e la società aggiudicataria, eccependo la tardività del ricorso e chiedendone il rigetto nel merito. L'istanza cautelare è stata respinta, con ordinanza di questa Sezione n. 199/2016.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 27 settembre 2016, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Non può essere accolta l'eccezione di irricevibilità formulata dall'Azienda Ospedaliera e dalla Haemonetics Italia s.r.l., sul rilievo che il ricorso sarebbe stato notificato tardivamente (in data 4 maggio 2016), oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (effettuata in data 25 marzo 2016).

Nella specie, infatti, l'accesso alla copia integrale della documentazione tecnica e dell'offerta dell'aggiudicataria si è perfezionato soltanto in data 21 aprile 2016. Tutte le censure dedotte

dalla ricorrente attengono alle carenze ed ai vizi dell'offerta. Il termine abbreviato per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva non può essere ulteriormente compresso, alla luce del principio comunitario di effettività della tutela (si veda Corte Giust. UE, sent. 8 maggio 2014, C-161/13, Idrodinamica Spurgo Velox).

2. Nel merito, il ricorso è infondato.

2.1. Quanto al primo motivo, l'art. 21 del disciplinare di gara stabiliva, per quanto qui interessa, che l'offerta tecnica dovesse includere "l'indicazione dettagliata di quali e quanti rifiuti liquidi e solidi derivanti dal materiale necessario per il funzionamento di ogni strumento vengono prodotti in un anno di utilizzo del sistema proposto, con il carico di lavoro previsto riportato".

Secondo la ricorrente, la Haemonetics Italia s.r.l. avrebbe falsamente dichiarato che "non vi sono rifiuti liquidi e solidi derivanti dal materiale necessario per il funzionamento di ogni strumento", dal momento che i circuiti monouso devono essere necessariamente smaltiti dopo ogni operazione di aferesi, e nonostante tale circostanza sarebbe stata illegittimamente ammessa. In contrario, deve osservarsi che il disciplinare di gara non collegava a tale dichiarazione alcuna previsione di esclusione.

Come è noto, in presenza di un adempimento dichiarativo non essenziale, richiesto dalla lex specialis di gara in termini non tassativi e non presidiato da un'esplicita comminatoria di esclusione, la stazione appaltante è tenuta ad ammettere l'impresa concorrente, al più richiedendo l'integrazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 dicembre 2015 n. 5691).

Il principio del favor participationis e la regola della tassatività delle cause di esclusione valgono anche in relazione all'offerta

tecnica, a meno che l'incompletezza o l'irregolarità siano tali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul suo contenuto negoziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2015 n. 5655; Id., sez. III, 26 febbraio 2016 n. 801).

Nella specie, la dichiarazione sulla quantità e tipologia di rifiuti liquidi e solidi generati dall'utilizzo dei prodotti per l'aferesi non era essenziale, stando al tenore letterale del disciplinare di gara, né incidere sull'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche.

La sua erroneità non avrebbe potuto in alcun caso determinare l'esclusione della società aggiudicataria.

Il motivo, pertanto, è respinto.

2.2. Ugualmente infondata è la censura attinente alla mancata allegazione, da parte della Haemonetics Italia s.r.l., dei certificati di conformità dei "gruppi di continuità" alle norme di sicurezza CEI 66-5, alle direttive UE, alle regole sulla marcatura CE.

L'art. 3 del capitolato d'appalto, nel descrivere le caratteristiche generali comuni di ogni lotto, richiedeva tra l'altro che "le apparecchiature offerte devono essere conformi alle norme di sicurezza CEI 66-5 ed adeguate alle compatibilità elettromagnetiche contro i radio disturbi (EMC)" specificando, nel capoverso successivo, che "le apparecchiature offerte devono essere corredate da idonei gruppi di continuità".

Per i "gruppi di continuità" non era richiesta alcuna certificazione CE.

Ne viene confermata dall'esame dell'allegato "E" al disciplinare di gara (modulo di scheda tecnica), che nello spazio relativo al "gruppo di continuità" prevedeva soltanto l'indicazione delle "caratteristiche

tecniche” e cioè il modello, il produttore, il distributore, i requisiti tecnici e l'autonomia.

L'aggiudicataria ha ottemperato alle prescrizioni della *lex specialis* di gara, allegando le certificazioni CE per tutte le strumentazioni offerte (doc. 8) ed impegnandosi ad offrire “idonei gruppi di continuità”.

Anche per tale profilo, pertanto, il ricorso è infondato.

2.3. Con il terzo motivo, la ricorrente afferma che il sistema di tracciabilità informatica (e-Lynx) offerto dalla Haemonetics Italia s.r.l. sarebbe privo della funzione di lettura dei bar-code della data di scadenza, requisito che il capitolato d'appalto prescriverebbe a pena d'esclusione.

L'art. 3 del capitolato indicava puntualmente, per ogni singolo lotto, le caratteristiche essenziali e preferenziali delle apparecchiature per aferesi.

Quanto al lotto n. 1, la “possibilità di acquisire con lettore ottico i dati della procedura: codice donatore, codice donazione, codice operatori, bar-code soluzioni (tipo e scadenza) e provette” era contemplata tra le caratteristiche preferenziali.

Ed in ogni caso, stando alla scheda tecnica allegata all'offerta (doc. 8), la società aggiudicataria ha attestato che “il sistema e-Lynx offerto, tramite un lettore di codice a barre integrato, è in grado di acquisire tutti i dati della procedura (codice donatore, codice donazioni, codice operatori, tipo e scadenza soluzioni e provette)”.

Né può accogliersi la tesi della ricorrente, secondo cui il fatto che il lettore ottico sia previsto sul solo palmare e-Lynx, e non anche sui separatori cellulari, avrebbe dovuto determinare l'esclusione dell'aggiudicataria. Il capitolato d'appalto, infatti, non richiedeva

che la tracciabilità delle informazioni dovesse essere assicurata direttamente attraverso il separatore cellulare.

Per quanto detto, il motivo è respinto.

2.4. Prescindendo dalle eccezioni di tardività, è manifestamente infondato il quarto ed ultimo ordine di censure.

L'art. 23 del disciplinare di gara indicava con sufficiente precisione i cinque sub-criteri per l'assegnazione dei 50 punti alle offerte tecniche: numero di separatori in rapporto al numero dei circuiti, possibilità di acquisire i dati con lettore ottico, possibilità di modificare le caratteristiche del prodotto a procedura in corso, tracciabilità, completezza del sistema di archiviazione.

Ne consegue la legittimità della valutazione in forma numerica e della tabella redatta dalla commissione giudicatrice nella seduta di gara del 10 febbraio 2016, sulla quale non sarebbe ammissibile un sindacato giurisdizionale esteso al merito delle scelte comparative.

3. In conclusione, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino e della Haemonetics Italia s.r.l., a ciascuna nella misura di euro 4.000,00 (oltre i.v.a., c.p.a. ed accessori di legge).

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Savio Picone

IL PRESIDENTE

Carlo Testori

IL SEGRETARIO