

Pubblicato il 05/07/2021

N. 05135/2021REG.PROV.COLL.

N. 01386/2021 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 1386 del 2021, proposto da Biomedika s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Orsoni e Riccardo Pavan con domicilio digitale come da PEC da registri di Giustizia;

contro

l'Azienda ULSS n. 3 Serenissima, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Barzazi e Andrea Manzi, e con questi elettivamente domiciliati in Roma, via Confalonieri, n. 5 presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi, nonchè;

nei confronti

della Johnson & Johnson Medical s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Lazzaretti, in Roma, Largo di Torre Argentina, n. 11;

della 3D System s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
della Intrauma s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
della Medacta Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
della Arthrex Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
della Limacorporate s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tar Veneto, sez. III, 24 dicembre 2020, n. 1313, che ha respinto il ricorso proposto dalla società Biomedika per l'annullamento della aggiudicazione della gara a procedura aperta per la stipula di un accordo quadro finalizzato alla fornitura di protesi alla spalla per l'Azienda ULSS 3 Serenissima.

Visti il ricorso in appello e i rispettivi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda USLL 3 Serenissima;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Johnson & Johnson Medical s.p.a.;

Vista la memoria depositata dalla Biomedika s.r.l. in data 1 giugno 2021;

Vista la memoria depositata dall'Azienda ULSS 3 Serenissima in date 9 marzo 2021 e 4 giugno 2021;

Vista la memoria depositata dalla Johnson & Johnson Medical s.p.a. in date 9 marzo 2021 e 4 giugno 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore dell'udienza del giorno 17 giugno 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, il

Consigliere Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale.

FATTO

1. Con la delibera a contrarre n. 1866 del 15 novembre 2019 l'Azienda ULSS n. 3 Serenissima ha indetto la gara a procedura aperta, suddivisa in 2 lotti, per la stipula di un accordo quadro da espletare tramite la piattaforma di e-procurement della Regione Lombardia (Sintel) per l'affidamento della fornitura di protesi alla spalla per le UU.OO.CC. di Ortopedia e Traumatologia”.

A seguito delle operazioni di gara, con la delibera del direttore generale n.1884 del 13 novembre 2020, sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara relativamente ai limiti quantitativi per ogni operatore economico in base al numero dei soggetti aggiudicatari, la fornitura è stata aggiudicata alle prime quattro società classificate per ognuno dei due lotti.

2. La Biomedika s.r.l., classificatasi settima in entrambi i lotti, dopo aver presentato alla stazione appaltante richiesta di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, ha proposto ricorso dinanzi al Tar Veneto impugnando, oltre all'esito della gara, in via subordinata, anche il disciplinare di gara e, in particolare, l'Allegato G, ove interpretati nel senso di imporre la presentazione ai concorrenti anche del confezionamento di vendita oltre che della campionatura.

La società appellante ha, infatti, conseguito il massimo dei punti in tutti i criteri previsti dal disciplinare di gara ad eccezione del punteggio zero ottenuto per la componente confezionamento, a causa della omessa presentazione dello stesso confezionamento di vendita. Ad avviso dell'appellante, la necessità che i concorrenti includessero nell'offerta il contenitore di vendita non era espressamente indicata nel disciplinare di gara, né si poteva ritenere che fosse un elemento essenziale ed implicito dell'offerta in quanto incluso nell'espressione “campionatura”.

In ogni caso, la commissione avrebbe potuto valutare il confezionamento esaminando l'offerta tecnica e la relazione illustrativa.

3. Con la sentenza del 24 dicembre 2020, n. 1313 la sez. III del Tar Veneto ha respinto il ricorso sul rilievo che la necessità di far pervenire la protesi corredata del suo confezionamento “era chiaramente evincibile dall’art. 11 del Disciplinare” di gara.

4. La sentenza del Tar Veneto n. 1313 del 24 dicembre 2020 è stata impugnata con appello notificato e depositato in data 16 febbraio 2021.

La società appellante ha rilevato l'erroneità della sentenza impugnata deducendo, tra l'altro, la violazione dell'art. 11 del Disciplinare di gara nonché l'eccesso di potere, il difetto di istruttoria, la contraddittorietà e il travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, essendo pacifico che l'art. 11 imponesse ai concorrenti l'obbligo di presentare solo le protesi e i relativi strumentari, ma non il relativo confezionamento di vendita.

5. Si è costituita in giudizio l'Azienda USLL 3 Serenissima, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

6. Si è costituita in giudizio Johnson & Johnson Medical s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

7. La 3D System s.r.l. non si è costituita in giudizio.

8. La Intrauma s.p.a. non si è costituita in giudizio.

9. La Medacta Italia s.r.l. non si è costituita in giudizio.

10. La Arthrex Italia s.r.l. non si è costituita in giudizio.

11. La Limacorporate s.p.a. non si è costituita in giudizio.

12. All'udienza del 17 giugno 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la Biomedika s.r.l. si è classificata settima (su nove concorrenti, di cui i primi quattro aggiudicatari) con 89,02 punti nella graduatoria dei due lotti di gara (rispettivamente, il primo “Protesi di spalla non cementata inversa” e il secondo “Protesi di spalla cementata inversa”), bandita dalla Azienda ULSS 3 Serenissima per la fornitura di protesi alla spalla per le UU.OO.CC. di Ortopedia e Traumatologia dei PP.OO. della stessa Azienda sanitaria, per una durata di 36 mesi, con facoltà di rinnovo per 12 mesi. Ha ottenuto il punteggio massimo su tutte le voci dell’offerta tecnica salvo che per la componente “Confezionamento”, per la quale ha avuto un punteggio pari a zero, sulla base della seguente motivazione: “la Campionatura presentata non è nel confezionamento di vendita”.

Ai fini della prova di resistenza rileva che sarebbe bastato un punteggio pari a 2 per la voce “Confezionamento” per classificarsi al quarto posto ed essere, così, tra le aggiudicatarie della gara.

Afferma che il confezionamento non era elemento essenziale della campionatura, come dimostrerebbe la circostanza che non è stata esclusa dalla gara, e che il Disciplinare non prevedeva affatto l’obbligo per i concorrenti di presentare materialmente il confezionamento “di vendita” del prodotto. Nella sostanza, la confezione della protesi sarebbe stato valutabile anche se non fosse stato presentato, essendo sufficiente la descrizione inserita nella scheda inclusa nella offerta tecnica nonché, con riferimento specifico alla società appellante, nella relazione inclusa nel contenitore, insieme alla campionatura. Aggiunge che se l’Allegato G del Disciplinare, nella parte in cui prevede di presentare la campionatura, dovesse essere interpretato nel senso di imporre la presentazione del confezionamento di vendita, sarebbe illegittimo in quanto recherebbe una previsione palesemente ambigua, tale da pregiudicare la corretta partecipazione alla procedura da parte dei concorrenti, nonché la valutazione delle relative offerte ad opera della Commissione giudicatrice.

2. I motivi di appello, che per ragioni di ordine logico-giuridico possono essere esaminati congiuntamente, devono essere respinti.

Al fine del decidere occorre principiare dall'analisi della lex specialis di gara per verificare se effettivamente si richiedesse la presentazione del "Confezionamento" delle protesi per la valutazione di tale voce dell'offerta economica o piuttosto, come afferma l'appellante, fosse sufficiente la descrizione contenuta nella scheda dell'offerta tecnica.

Il punto 11 del Disciplinare, la cui rubrica reca "Campionatura", ha disposto che "al fine di verificare la rispondenza dei prodotti offerti e per permettere l'effettuazione delle valutazioni tecniche da parte di apposita Commissione, la ditta concorrente dovrà far pervenire, entro gli stessi termini di scadenza fissati per la presentazione delle offerte, in contenitore/i accuratamente chiuso/i una protesi completa per ciascun lotto partecipato e, in visione, lo strumentario completo per l'utilizzo delle protesi - al seguente indirizzo: ...". "All'interno del/i contenitore/i dovranno essere inseriti, distinti per i singoli lotti cui il concorrente intende partecipare, singoli plichi contenenti i campioni e lo strumentario ...". "La Campionatura dovrà corrispondere perfettamente alle schede tecniche trasmesse e al tipo di materiale che sarà oggetto della fornitura."...

Il successivo punto 17.1 (Attribuzione del punteggio all'offerta tecnica) prevede che "il punteggio dell'offerta tecnica sarà attribuito da apposita Commissione giudicatrice sulla base della documentazione tecnica e della Campionatura presentata" ... "secondo i parametri riportati nell'Allegato G – Criteri di valutazione con, in relazione ad ognuno di essi, il punteggio minimo e il punteggio massimo".

L'Allegato G, in relazione alla voce "Confezionamento" ha previsto: a) Confezionamento esterno: verrà apprezzata maggiormente l'offerta che garantisce la maggiore semplicità di apertura, la maggiore sicurezza del mantenimento della sterilità e la migliore riconoscibilità del prodotto: max punti 5; b) Confezionamento

interno: verranno apprezzate le offerte secondo i seguenti criteri motivazionali: b.1) massimo isolamento: max punti 2; b.2) prima busta contenente il prodotto con apertura a “V”: in caso di apertura a “V” verranno assegnati 3 punti, in caso di non apertura a “V” 0 punti.

Dalla breve esposizione delle prescrizioni della lex specialis, si può evincere che per verificare la rispondenza dei prodotti offerti con quelli richiesti e valutarli è necessaria la produzione della “Campionatura”. La “Campionatura” è costituita, nella gara di cui è causa, dalla protesi e dal suo involucro (art. 11 del disciplinare); l’involucro può non essere sterile (risposta al quesito n. 6.3).

La mancata presentazione dell’intera Campionatura dà, dunque, luogo all’esclusione dalla gara, non essendo possibile effettuare alcuna valutazione della offerta tecnica. Di contro, l’omessa inclusione, all’interno della Campionatura, dell’involucro, rende non valutabile in parte qua l’offerta tecnica. L’involucro costituisce pertanto non un elemento essenziale dell’offerta ma un elemento essenziale per la sua valutabilità.

Di qui, correttamente, la stazione appaltante prima e il Tar Veneto poi hanno ritenuto che alla voce dell’offerta tecnica “Confezione” fosse dato un punteggio pari a zero. Non contraddice tale conclusione la circostanza che fosse stato consentito di produrre una confezione (involucro) non sterile. La sterilità è un qualche cosa in più rispetto al mero involucro. L’onere di produrre la confezione – pena la sua non valutabilità - si giustifica con la necessità di rendere possibile, alla Commissione di gara, verificare, per il confezionamento esterno la maggiore semplicità di apertura, la maggiore sicurezza del mantenimento della sterilità e la migliore riconoscibilità del prodotto; per il confezionamento interno il massimo isolamento e il tipo di apertura (a V o no). Invece per la sterilità del confezionamento è sufficiente quanto risulta dichiarato nella scheda tecnica, riflettendosi la mancata sterilizzazione, ove accertata dopo la stipula del contratto di appalto, in un inadempimento agli obblighi contrattuali in capo all’aggiudicataria. Appare dunque di palese evidenza che non

può essere stata la risposta al quesito 6.3 (posto dalla stessa Biomedika) ad aver indotto in errore l'appellante, come la stessa pare insinuare nel sesto motivo.

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, 20 agosto 2020, n. 5149).

Trasposto tale principio al caso sottoposto all'esame del Collegio, il deposito dell'intera offerta tecnica nella "Campionatura" inviata – id est, la protesi nel suo involucro – avrebbe consentito alla Commissione di valutare non solo il dispositivo ma anche la facilità dell'apertura della confezione nella quale avrebbe dovuto essere custodita la protesi, per essere conservata sterile sino all'atto dell'estrazione dall'involucro. La confezione non è peraltro meno importante dello stesso dispositivo, perché in sala operatoria gli operatori sanitari devono riuscire ad estrarre velocemente la protesi dall'involucro.

Di qui l'infondatezza anche del quarto motivo di appello.

3. Quanto sopra chiarito giustifica altresì l'impossibilità di fare ricorso al cd. soccorso istruttorio, la cui omissione è rilevata quale profilo di illegittimità con il quinto motivo di appello.

Giova premettere che ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto

un profilo formale, non anche di consentire al concorrente di produrre atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza della stessa offerta e di par condicio tra operatori (Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2019, n. 2219,

Tali limiti sono estensibili all'ipotesi di cui è causa, nella quale il ricorso al soccorso istruttorio determinerebbe un grave vulnus della par condicio, oltre che dello stesso corretto e imparziale agire della pubblica amministrazione, in quanto consentirebbe non di integrare l'offerta tecnica ma di renderne valutabile una componente che, a causa dell'omissione della concorrente, non è stata oggetto di verifica da parte della Commissione. Di tale mancanza le altre concorrenti se ne sono avvantaggiate, stante l'impossibilità di attribuire alla Biomedika fino a dieci punti per la voce "Confezionamento", con la conseguenza che ove fosse stato attivato il soccorso istruttorio consentendo di inviare anche questa parte di campionatura, probabilmente l'appellante si sarebbe collocata tra i primi quattro della graduatoria e dunque aggiudicataria.

4. E' altresì da escludere, come chiede l'appellante in via gradata, l'annullamento della lex specialis di gara nella parte in cui non esplicita in modo chiaro che la Campionatura avrebbe dovuto includere la protesi e la sua confezione, anche non sterilizzata. Tale circostanza, come emerge da tutto quanto sopra argomentato, appariva di lapalissiana evidenza, come dimostra la circostanza che la Biomedika è stata l'unica concorrente a non aver correttamente interpretato le prescrizioni del disciplinare.

5. I sei motivi di appello devono quindi essere respinti, prospettando tutti, con argomentazioni diverse, l'asserito errore in cui sarebbe incorsa la commissione di gara (e del Tar Veneto, che ne ha avvalorato le conclusioni) nel non aver attribuito alcun punto alla voce dell'offerta tecnico "Confezionamento".

6. Solo per completezza espositiva, preme al Collegio chiarire che non potrebbe costituire vizio della sentenza del Tar – e renderla per questo annullabile – l’asserita omessa pronuncia su alcuni vizi dedotti in primo grado atteso che – come l’Adunanza plenaria di questo Consiglio (30 luglio 2018, n. 10) – l’omesso esame della domanda non comporta la regressione del giudizio al primo grado, prevista in ipotesi tassative dall’art. 105, comma 1, c.p.a., ma la devoluzione in appello del motivo non esaminato e il conseguente potere/dovere del giudice d’appello di deciderlo nel merito (Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3182).

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

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, nei confronti delle parti costituite; nulla per le spese nei confronti delle parti non costituite.

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 complessivi € 6.000,00 (euro seimila), da ripartire in parti eguali tra la Azienda USLL 3 Serenissima e la Johnson & Johnson Medica. Nulla per le spese nei confronti delle parti non costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2021, tenutasi in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell’art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l’intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO