

Publicato il 04/05/2017

N. 01003/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03026/2016 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3026 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Parenti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sigfrid Silvestro in Milano, via Bartolomeo d'Alviano, 25;

contro

Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale Arca Spa in Milano, via Fabio Filzi, 22;

nei confronti di

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario

Zoppellari e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Zoppolato in Milano, via Dante, 16;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale,

della nota n. prot. 13213/2016 del 18 novembre 2016, con la quale ARCA, in qualità di stazione appaltante della gara 2015_85 indetta per la fornitura di mezzi di osteosintesi (e servizi connessi), ha disposto l'esclusione di Stryker Italia S.r.l. dalla suddetta procedura, limitatamente ai Lotti 32, 34, 43, 44, 48, 50, 51, 53 e 56, e di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, tra cui in particolare, il Bando di gara, la Lettera di Invito/Disciplinare di gara, il Capitolato Tecnico, e di tutti gli allegati della lex specialis, tra cui lo Schema di Convenzione e la Tabella Prodotti, le richieste di chiarimento avanzate a Stryker Italia S.r.l. dal RUP, tutti i chiarimenti resi dalla stazione appaltante in merito alla disciplina di gara, tutti i verbali di gara, i relativi allegati ed i giudizi ivi espressi dalla Commissione giudicatrice, incluse le Valutazioni Tecniche, l'eventuale provvedimento, di numero e data sconosciuti, di aggiudicazione definitiva della gara, limitatamente ai lotti 32, 34, 43, 44, 48, 50, 51, 53, e 56, nonché per la dichiarazione di inefficacia ai sensi degli articoli 121 e 122 del decreto legislativo n. 104 e del 2010, dei contratti di appalto che dovessero essere stipulati tra l'Azienda resistente e le imprese aggiudicatrici dei Lotti 32, 34, 43, 44, 48, 50, 51, 53, e 56;

quanto ai motivi aggiunti,

in aggiunta a quanto già impugnato, del provvedimento di aggiudicazione definitiva di 32 lotti su 57 della gara, di ogni altro atto consequenziale e connesso, per la dichiarazione di inefficacia dei

contratti d'appalto stipulati e per la condanna al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. e di Johnson & Johnson Medical S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2017 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Arca – Azienda Regionale Centrale Acquisti Spa (società controllata dalla Regione Lombardia e svolgente funzione di centrale di committenza regionale), indiceva una gara d'appalto a procedura ristretta per la fornitura di mezzi di osteosintesi e servizi connessi, da destinare agli enti del servizio sanitario regionale.

La gara era suddivisa in 57 lotti ed il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un massimo di 60 punti all'offerta tecnica e di 40 punti a quella economica.

La società esponente presentava offerta per una serie di lotti (nove, per quel che ivi interessa) e per tutti i nove lotti citati la stazione appaltante ne disponeva l'esclusione, per mancanza dei requisiti minimi essenziali previsti dalla legge di gara.

Contro il provvedimento di esclusione era proposto il ricorso principale, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio Arca Spa, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 12.1.2017, la domanda cautelare era respinta con ordinanza della Sezione IV del TAR Lombardia n. 86/2017, per insussistenza del *fumus* del gravame.

La pronuncia di primo grado era impugnata ed il Consiglio di Stato, con ordinanza della Sezione III n. 1493/2017 rigettava l'appello cautelare.

In data 9.3.2017, si costituiva in giudizio per la ricorrente un nuovo difensore.

Il successivo 22.3.2017, era depositato ricorso per motivi aggiunti, con il quale la società esponente impugnava l'aggiudicazione definitiva intervenuta nel frattempo per i lotti 48 e 51, con riguardo ai quali era già stato impugnato il provvedimento di esclusione.

Si costituiva in giudizio nei motivi aggiunti la società Johnson & Johnson Medical Spa (di seguito, anche solo, "J &J"), concludendo per l'inammissibilità e in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

In data 13.4.2017, l'esponente effettuava un ulteriore deposito di documenti; tale deposito è però evidentemente tardivo, per violazione del termine di cui agli articoli 73 comma 1 e 119 comma 2 del c.p.a., sicché dei citati documenti non può tenersi conto in questa sede.

Alla pubblica udienza del 20.4.2017, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'infondatezza complessiva della presente impugnativa, per le ragioni che si esporranno, esime il Collegio dalla trattazione delle eccezioni pregiudiziali sollevate dalle parti intime.

1.1 Nel primo motivo del ricorso principale, la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'esclusione dai nove lotti di cui è causa, in quanto i prodotti da essa offerti avrebbero invece tutte le caratteristiche tecniche previste dalla *lex specialis* (cfr. il doc. 1 della ricorrente, per il provvedimento di esclusione).

Il mezzo è infondato, per le ragioni che seguono.

Il capitolato tecnico, allegato n. 4 al Disciplinare di gara (cfr. il doc. 6 della ricorrente), prevede per i prodotti da fornire (si veda l'art. 2 del capitolato, pag. 4 di 21), una serie di elementi essenziali, da possedere a pena di esclusione, "precisati rispettivamente nei successivi paragrafi 2.1 e 2.2".

Tali paragrafi individuano rispettivamente le caratteristiche tecniche valide per tutti i lotti (paragrafo 2.1) e le caratteristiche tecniche specifiche per i singoli lotti, questi ultimi indicati dal n. 1 al n. 57 (paragrafo 2.2, pagine da 5 a 9 di 21 del capitolato).

Tutte le citate caratteristiche tecniche assumono carattere essenziale, vale a dire sono contemplate a pena di esclusione, stante la chiara previsione delle citate norme del capitolato, costituente *lex specialis* della gara; per cui legittimamente la stazione appaltante ha escluso le offerte, come quelle di cui è causa, le cui caratteristiche tecniche non assurgevano a quelle minimali previste dai citati paragrafi del capitolato (le caratteristiche di cui al capitolato sono ripetute nell'allegato 5 alla lettera di invito, cfr. il doc. 7 della ricorrente).

Non può quindi accogliersi la tesi difensiva di parte ricorrente, che all'interno dei requisiti di cui ai citati paragrafi 2.1 e 2.2 distingue fra

requisiti essenziali ed altri, che costituirebbero mere indicazioni non vincolanti sulle caratteristiche dei prodotti, trattandosi di un'interpretazione fallace della legge di gara e in evidente contrasto con il dato letterale della medesima.

Ancora nel primo motivo, si sostiene l'illegittimità dell'esclusione, giacché i prodotti offerti sarebbero stati in ogni modo equivalenti a quelli richiesti dalla legge di gara, per cui l'amministrazione non avrebbe correttamente applicato l'art. 68 del D.Lgs. 163/2006 sul principio di equivalenza negli appalti di forniture (norma di legge applicabile alla presente fattispecie *ratione temporis*).

In realtà, la società esponente non risulta avere presentato la dichiarazione separata contenente la soluzione equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, prevista espressamente dal comma 6 del citato art. 68, essendosi invece limitata – anche a fronte della richiesta di chiarimenti proveniente da Arca Spa (cfr. il doc. 3 della ricorrente) – a ribadire e specificare le caratteristiche tecniche dei propri prodotti, senza però fornire alcuna concreta ed adeguata prova dell'equivalenza, come invece espressamente richiesto dal comma 4 del menzionato art. 68.

La commissione di gara non avrebbe certamente potuto, pena la palese violazione della *par condicio* dei concorrenti, procedere d'ufficio ad una sorta di verifica di equivalenza, né sarebbe ipotizzabile una sorta di anomalo “soccorso” da parte dell'amministrazione, teso ad indagare sulla eventuale equivalenza dei prodotti, in difetto della dichiarazione e dell'adeguata prova dell'equivalenza da parte dell'operatore partecipante alla gara.

Inoltre, se è pur vero che l'art. 2 del capitolato tecnico (cfr. ancora il doc. 6 della ricorrente), richiama l'art. 68 dell'abrogato codice dei

contratti pubblici, parimenti il medesimo art. 2 impone al partecipante di allegare all'offerta tecnica "apposita dichiarazione nonché documentazione idonea" per la dimostrazione di equivalenza.

Da ultimo e sempre con riguardo alla portata del citato principio di equivalenza, preme in ogni richiamare le decisioni di questa Sezione IV (si veda in particolare la sentenza n. 336 del 10.2.2017), per le quali il richiamo al principio suddetto non può comportare lo snaturamento dell'oggetto della gara, allorché la *lex specialis* ha individuato precise caratteristiche tecniche del prodotto, idonee a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, per cui non possono essere ammessi in ogni caso prodotti privi di tali caratteristiche specifiche, pena al contrario la violazione della legge di gara.

In definitiva, deve rigettarsi il primo mezzo del gravame principale.

1.2 Nel secondo motivo del ricorso principale, si sostiene l'illegittimità del bando ed in genere della legge di gara, per due distinte ragioni.

In primo luogo, l'esponente evidenzia che i prodotti da fornire sarebbero indicati con un tale dettaglio da violare il canone della concorrenza; in particolare l'Allegato 5 alla lettera di invito (cfr. il doc. 7 della ricorrente), impone che il concorrente garantisca la copertura di almeno il 90% dei sublotti (misura poi rettificata dall'amministrazione nell'ottanta per cento, cfr. il doc. 5 della ricorrente, pag. 15 di 36); il che significa che i prodotti offerti devono rispettare almeno all'80% i requisiti tecnici di cui al paragrafo 2.2 del capitolato, colonna "Sublotti" (cfr. ancora il doc. 6 della ricorrente, pagine 5 e seguenti).

Tuttavia, si continua in ricorso, le caratteristiche tecniche da rispettarsi nella citata misura dell'80% identificano di fatto i prodotti di una sola azienda.

Il mezzo non appare suscettibile di accoglimento, posto che la stessa stazione appaltante, seppure in sede di chiarimenti, ha indicato che i requisiti tecnici dei prodotti dovevano essere posseduti non nella loro totalità, bensì all'80%, senza contare che le misure dei prodotti offerti avevano in ogni modo un margine di tolleranza del 30% (cfr. ancora il doc. 5 della ricorrente).

Le imprese partecipanti potevano inoltre avvalersi del principio di equivalenza dei prodotti di cui al citato art. 68 (principio del quale però la ricorrente non si è validamente avvalsa, come sopra indicato al punto 1.1).

Nel secondo mezzo di ricorso, oltre a svolgersi le considerazioni di carattere generale di cui sopra, sono poi indicati una serie di lotti (34, 43, 44 e 48), per i quali le caratteristiche tecniche dei prodotti identificherebbero uno specifico produttore, vale a dire la controinteressata J & J.

In particolare, per il lotto n. 48, poi aggiudicato a J & J, la ricorrente evidenzia che la legge di gara ha individuato il prodotto addirittura con la denominazione industriale "DCS – DHS".

Tuttavia, l'acronimo suindicato può essere impiegato anche per l'individuazione della funzione del prodotto (vale a dire il trattamento delle fratture femorali) e non necessariamente per l'indicazione di una particolare impresa produttrice.

La prima parte del secondo motivo è quindi nel complesso infondata.

Parimenti, risulta privo di pregio anche il secondo profilo del citato mezzo di gravame, nel quale si denuncia la presunta perplessità della disciplina di gara e ciò alla luce delle considerazioni sopra svolte dal Collegio, alle quali si rinvia per ragioni di economia espositiva.

Da ultimo, preme evidenziare – quale significativa circostanza fattuale – che per i lotti aggiudicati nella gara in questione (32 su 57 totali), J & J non risulta essere la sola aggiudicataria (cfr. il doc. 1 della ricorrente allegato ai motivi aggiunti), per cui anche sotto tale profilo non appare sostenibile che la legge di gara sia stata artatamente predisposta per favorire esclusivamente un solo operatore.

Si conferma, in conclusione, il rigetto del secondo motivo e quindi dell'intero ricorso principale.

2.1 I motivi aggiunti sono rivolti contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva riguardante specificamente due lotti, il n. 48 ed il n. 51.

Nei motivi aggiunti sono riproposte dapprima le censure già svolte nel gravame principale, che devono pertanto rigettarsi per quanto già esposto al punto 1 dell'attuale narrativa, al quale il Collegio rinvia per ragioni di economia espositiva.

2.2 Soltanto con riguardo al lotto n. 51 è introdotta una nuova ed autonoma censura; per la ricorrente, infatti, l'offerta tecnica di J & J doveva essere esclusa per mancanza dei requisiti tecnici minimi.

In particolare, il chiodo offerto denominato TFN non avrebbe la caratteristica di chiodo “retto”, prevista invece dalla legge di gara per il lotto n. 51, mentre il chiodo Multiloc offerto per lo stesso lotto avrebbe diametri inferiori a quelli previsti dalla legge di gara (cfr. il doc. 6 della ricorrente, pag. 9 di 21).

In realtà, posto che per il lotto n. 51 non era indicata la parte anatomica in cui inserire il chiodo, la società J & J offriva due distinti chiodi: quello Multiloc, avente caratteristica di chiodo retto (cfr. il doc. 1 della controinteressata, pag. 1 ed anche il doc. 3, pag. 2) e quello TFN, avente invece una leggera curvatura di 6° (cfr. il doc. 2 della controinteressata, pag. 2).

Sotto tale profilo, pertanto, il chiodo offerto (Multiloc) ha il carattere di “retto”.

Quanto alle misure del chiodo offerto da J & J ed all’osservanza della normativa di gara sul punto, si evidenzia che tali misure rispettano in ogni modo il già citato limite dell’80% previsto dalla legge di gara, per cui anche sotto tale punto di vista l’offerta appare conforme alla *lex specialis*.

In definitiva, deve interamente rigettarsi anche il ricorso per motivi aggiunti.

3. Le spese della presente fase di merito seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite, che liquida in:

- euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) a favore di Arca Spa;
- euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) a favore di Johnson & Johnson Medical Spa.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO