

Publicato il 07/07/2017

N. 01550/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00834/2015 REG.RIC.
N. 01354/2015 REG.RIC.
N. 01896/2015 REG.RIC.

 logo

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 834 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Johnson & Johnson Medical Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, piazza Velasca, 5;

contro

Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Bassano Baroni ed Alberto Vittorio Fedeli, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Vincenzo Monti, 56;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano, Azienda Ospedaliera di

Melegnano, Azienda Ospedaliera - Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia, Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese, Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza, Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano, Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori di Milano, Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento di Milano, Fondazione Irccs Istituto Neurologico Carlo Besta di Milano e Azienda Ospedaliera San Carlo Borromeo di Milano, tutte non costituite in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Bassani, Mario Sanino, Cristina Bassani e Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso lo studio legale Bassani in Milano, via Visconti di Modrone, 12;

sul ricorso numero di registro generale 1354 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Bassani, Mario Sanino, Cristina Bassani e Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso lo studio legale Bassani in Milano, via Visconti di Modrone, 12;

contro

Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Bassano Baroni ed Alberto Vittorio Fedeli, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Vincenzo Monti, 56;

nei confronti di

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, piazza Velasca, 5;

Azienda Ospedaliera Desio e Vimercate, Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano, Azienda Ospedaliera di Melegnano, Azienda Ospedaliera "Niguarda Ca' Granda di Milano", Fondazione Irccs Policlinico "San Matteo" di Pavia, Azienda Ospedaliera "G. Salvini" di Garbagnate Milanese, Azienda Ospedaliera "San Gerardo" di Monza, Azienda Ospedaliera "San Paolo" di Milano, Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori di Milano, Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento di Milano, Fondazione Irccs Istituto Neurologico "Carlo Besta" di Milano e Azienda Ospedaliera "San Carlo Borromeo" di Milano, tutte non costituite in giudizio.

sul ricorso numero di registro generale 1896 del 2015, proposto da:

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, piazza Velasca, 5;

contro

Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Bassano Baroni ed Alberto Vittorio Fedeli, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Vincenzo Monti, 56;

Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano, Azienda Ospedaliera di Melegnano, Azienda Ospedaliera - Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, Fondazione I.R.C.C.S. Policlinico S. Matteo di Pavia, Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese, Azienda Ospedaliera S. Gerardo di Monza, Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano, Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori di Milano, Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento, Fondazione Irccs Istituto Neurologico C. Besta di Milano e Azienda Ospedaliera S. Carlo Borromeo di Milano, tutte non costituite in giudizio;

nei confronti di

Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Bassani, Cristina Bassani, Mario Sanino e Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso lo studio legale Bassani in Milano, via Visconti di Modrone, 12;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 834 del 2015:

- del Capitolato Speciale d'appalto e allegata "Tabella riepilogativa dettaglio colle chirurgiche" relativa al lotto n. 6 della procedura aperte, in unione di acquisto, per la "fornitura di colle chirurgiche ed emostatici diversi" per 36 mesi occorrenti alla Fondazione Irccs "Cà Granda – Ospedale Maggiore Policlinico" di Milano ed altri enti aggregati;
- della nota del 24.3.2015 di diniego di autotutela ex art. 243 *bis* del d.lgs. 163/2006;

- di ogni altro atto e provvedimento presupposti, conseguenti o connessi e per la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno;

quanto al ricorso n. 1354 del 2015:

nel ricorso principale,

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del lotto 6 della procedura aperta indetta dalla Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico di Milano per la fornitura per 36 mesi di colle emostatiche ed emostatici, e del provvedimento di aggiudicazione definitiva ove già adottato;

- delle caratteristiche del lotto 6, ove interpretabili nel senso di far ritenere idoneo il prodotto offerto da Johnson & Johnson Medical;

- della clausola di cui all'art. 8.3.Bil, n°.2, del disciplinare di gara, ove interpretabile nel senso di far ritenere sufficiente per la verifica di idoneità dei prodotti offerti la sola scheda tecnica e, nella stessa prospettiva ora detta, della risposta al chiarimento che ha confermato la clausola predetta nella formulazione contenuta nel disciplinare di gara;

nonché per la declaratoria di inefficacia con espressa richiesta di subentro dei contratti di fornitura relativi al lotto predetto;

nei motivi aggiunti,

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva del lotto 6, comunicato con nota del 30.6.2015;

- dei verbali di gara, trasmessi a seguito di accesso, nonché per la declaratoria di inefficacia dei contratti di fornitura relativi al lotto predetto;

quanto al ricorso n. 1896 del 2015:

- della Determinazione prot. n. 132112015, comunicata alla società ricorrente soltanto nei suoi estremi dispositivi con nota prot. n. 1482/14 del 30.6.2015, con la quale la Fondazione IRCCS Cà Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di Milano ha disposto l'aggiudicazione definitiva a favore della società Baxter S.p.A. del lotto n. 5 della "procedura aperta, in unione d'acquisto, per la fornitura di colle chirurgiche ed emostatici diversi", per 36 mesi, eventualmente rinnovabili per ulteriori 36 mesi, occorrenti alla Fondazione IRCCS "Cà Granda - Ospedale Maggiore Policlinico" di Milano ed ai seguenti enti aggregati: Azienda Ospedaliera Desio e Vimercate; Azienda Ospedaliera "Fatebenefratelli", Azienda Ospedaliera di Melegnano; Azienda-Ospedaliera - Niguarda Ca' Granda", Fondazione IRCCS Policlinico "San Matteo"; Azienda Ospedaliera "G. Salvini"; Azienda Ospedaliera "San Gerardo"; Azienda Ospedaliera "San Paolo"; Fondazione IRCCS Istituto dei Tumori, Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento; Fondazione IRCCS Istituto Neurologico "Carlo Besta" e Azienda Ospedaliera "San Carlo Borromeo";
- dei verbali delle operazioni di gara ed in particolare del verbale della seduta pubblica nel corso della quale il Presidente del Seggio di gara ha aperto le offerte economiche presentate dalle ditte concorrenti per il lotto 5, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara dell'offerta formulata da Baxter S.p.A. per avere quest'ultima omissa l'indicazione in sede di offerta dei costi relativi alla sicurezza aziendale;
- del Capitolato Speciale d'appalto e dell'Allegata "Tabella riepilogativa dettaglio colle chirurgiche", nella parte in cui, suddividendo, senza necessità alcuna, l'oggetto di gara relativo alle

"matrici emostatiche coadiuvanti dell'emostasi" in due distinti lotti, ha consentito a Baxter S.p.A. di formulare due prezzi diversi per lo stesso prodotto nell'ambito dei lotti nn. 5 e 6;

- di ogni altro atto e provvedimento ad essi presupposti, conseguenti o connessi, anche non cognitivi, ivi espressamente ricompresi, per quanto occorrer possa, del Bando e del Disciplinare di gara; e per la condanna delle Amministrazioni intimare al risarcimento del danno patito dalla società ricorrente.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, di Johnson & Johnson Medical S.p.A. e di Baxter S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, piazza Velasca, 5;

Visto l'atto di intervento *ad opponendum* di Baxter Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 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

La Fondazione Irccs "Cà Granda – Ospedale Maggiore Policlinico" di Milano (di seguito anche solo "Fondazione" oppure "Ospedale"),

indicava una gara d'appalto con procedura aperta – in unione di acquisto con altre aziende sanitarie e ospedaliere – per la fornitura di “Colle chirurgiche ed emostatici diversi” per la durata di 36 mesi, eventualmente rinnovabile per un uguale periodo.

L'appalto era diviso in diversi lotti ed il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso.

Il lotto n. 5 – che con quello n. 6 interessa la presente controversia – aveva ad oggetto la fornitura di emostatico a base di gelatina animale e trombina umana per utilizzo in procedure invasive come coadiuvante all'emostasi; il lotto n. 6 aveva un oggetto identico, seppure accompagnato dalla precisazione, inesistente invece per il lotto n. 5, che il prodotto doveva essere coadiuvante dell'emostasi “in caso di sanguinamento arterioso anche a fiotto”.

La società Johnson & Johnson Medical Spa (di seguito, anche solo “J & J”), proponeva il primo dei ricorsi in epigrafe (RG 834/2015), impugnando il capitolato speciale d'appalto limitatamente alla descrizione del lotto n. 6, evidenziando che non esisterebbe sul mercato alcun prodotto emostatico efficace su tutti i sanguinamenti arteriosi, compresi quelli “a fiotto”, giacché per questi ultimi sono previste altre tecniche mediche di intervento, quali ad esempio le suture.

La citata previsione della legge di gara circa il lotto n. 6 era quindi impugnata, laddove da interpretarsi nel senso di impedire alla società ricorrente la partecipazione alla procedura, giacché il prodotto emostatico offerto da J & J non sarebbe efficace – al pari dei restanti esistenti sul mercato – contro i sanguinamenti a fiotti.

Al ricorso principale facevano seguito due atti di motivi aggiunti, con cui le doglianze erano ulteriormente specificate.

Si costituiva in giudizio la Fondazione, mentre la società Baxter Spa, partecipante alla procedura di gara, proponeva atto di intervento *ad opponendum*.

J & J presentava ad ogni modo offerta per il lotto n. 6, che era reputata dall'amministrazione non solo conforme alla legge di gara, ma che addirittura risultava aggiudicataria.

Contro il provvedimento di aggiudicazione provvisoria del lotto n. 6 a J & J, Baxter proponeva il ricorso RG 1354/2015, a cui facevano seguito motivi aggiunti contro l'aggiudicazione definitiva sempre a favore di J & J.

Quest'ultima – unitamente alla Fondazione – si costituiva nel giudizio e proponeva altresì ricorso incidentale condizionato, cui seguiva un atto di motivi aggiunti sul ricorso incidentale.

Il lotto n. 5 era invece aggiudicato a Baxter Spa e contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva era proposto il ricorso RG 1896/2015 da parte di J & J.

In tale gravame, si costituivano la Fondazione e Baxter Spa, concludendo entrambe per il rigetto.

I tre ricorsi era tutti chiamati per la discussione all'udienza pubblica del 10.12.2015, all'esito della quale la Sezione IV, con ordinanza n. 2721/20215, li riuniva e contestualmente disponeva una verifica, della quale era incaricato un collegio di tre docenti universitari, due dell'Università di Firenze ed uno dell'Università di Roma "La Sapienza".

Oggetto della verifica era l'accertamento sia delle effettive caratteristiche dei gel emostatici offerti dalle parti (denominati "Floreal" per Baxter e "Surgiflo" per J & J), sia della loro idoneità tecnica e conformità rispetto alle specifiche tecniche previste dalla

legge di gara, con particolare riguardo all'impegno nei casi di "sanguinamento arterioso anche a fiotto".

A seguito delle ulteriori ordinanze della Sezione IV n. 1352/2016 e n. 478/2017, il collegio dei verificatori depositava ritualmente la propria relazione finale in data 15.3.2017.

Alla pubblica udienza del 22.6.2017, tutti i ricorsi in epigrafe erano trattenuti in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, si conferma la riunione dei ricorsi in epigrafe, ai sensi dell'art. 70 del c.p.a.

Saranno dapprima trattati i due ricorsi relativi al lotto n. 6 ed in seguito quello relativo al lotto n. 5.

1) RICORSI RG 834/2015 e RG 1354/2015 – LOTTO N. 6.

1.1 Il ricorso principale RG 1354/2015 è rivolto contro l'aggiudicazione provvisoria del lotto n. 6 alla società J & J.

Nell'unico ed articolato mezzo di gravame, l'esponente Baxter Spa lamenta l'erroneità dell'operato della stazione appaltante, che avrebbe aggiudicato il lotto a J & J senza avere adeguatamente valutato il prodotto offerto da quest'ultima, vale a dire un gel emostatico denominato "Surgiflo".

In particolare, sempre a detta della ricorrente, l'amministrazione si sarebbe accontentata dell'esame della sola scheda tecnica di prodotto, anziché valutare altra documentazione tecnica più pertinente.

Il gel "Surgiflo", infatti, non sarebbe indicato soprattutto per i sanguinamenti a fiotti, per cui la stazione appaltante avrebbe condotto un'istruttoria inadeguata, con conseguente illegittimità della determinazione di aggiudicazione.

Per l'esatta comprensione e valutazione della doglianza, la scrivente Sezione IV ha disposto una verifica, affidata ad un collegio di tre medici docenti universitari, vale a dire i professori Marco Carini e Riccardo Pini dell'Università di Firenze e il prof. Antonino Raco dell'Università di Roma "La Sapienza".

La relazione peritale è stata depositata il 15.3.2017 e nella stessa sono minuziosamente descritte le caratteristiche dei prodotti offerti.

Al termine di un'attenta analisi (cfr. per le conclusioni, pag. 36 e seguenti della relazione finale), i verificatori hanno stabilito che i due prodotti offerti (Flo seal di Baxter e Surgiflo di J & J), formati entrambi da trombina umana e gelatina animale (bovina per Flo seal e suina per Surgiflo), rispondono alle richieste del bando di gara, essendo tutti e due coadiuvanti dell'emostasi.

Essi hanno quindi (cfr. pag. 43 della relazione), *<<le medesime caratteristiche e la stessa composizione>>*, fermo restando che per sanguinamenti di entità cospicua entrambi non sono efficaci, al pari di ogni prodotto emostatico, essendo invece necessarie in tali casi altre tecniche di intervento.

Ancora a pag. 40 della relazione, i verificatori hanno cura di specificare che si tratta di *<<prodotti simili sia nella composizione, preparazione industriale che nelle indicazioni>>*.

Ciò premesso e visto l'esito della verifica - dalla quale lo scrivente Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, alla luce della completezza delle indagini svolte e della dovizia di argomenti tecnici e scientifici esposti - deve essere interamente respinto il mezzo di gravame, attesa la sostanziale equivalenza dei prodotti offerti, il che esclude il difetto di istruttoria della stazione appaltante, considerata la piena conformità del prodotto dell'impresa aggiudicataria alla *lex*

specialis di gara (cfr. per quest'ultima il capitolato speciale, doc. 3 della ricorrente, art. 4, riportante la descrizione dei lotti e dei prodotti richiesti per ciascuno di essi).

Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto da Baxter, il collegio peritale non ha violato il principio del contraddittorio; i consulenti di parte hanno avuto facoltà di partecipare alle operazioni e non si può sostenere che i verificatori non hanno preso posizione sulle osservazioni dei consulenti stessi, giacché le statuizioni finali della relazione devono reputarsi come un implicito rigetto delle osservazioni.

Si badi che le conclusioni cui giunge la scrivente Sezione IV dopo i risultati della verifica di cui sopra, sono conformi a quelle cui è giunta la giurisprudenza amministrativa in diverse occasioni, nelle quali è stata affermata la sostanziale equivalenza dei prodotti di cui è causa (cfr. le sentenze del Consiglio di Stato, sez. III, nn. 3424, 3425 e 3572 del 2015, documenti da 21 a 23 della controinteressata).

1.2 La declaratoria di infondatezza del ricorso principale si estende anche a quello per motivi aggiunti, con il quale è stato gravato il provvedimento di aggiudicazione definitiva del lotto n. 6, considerato che le doglianze dei motivi aggiunti ricalcano quelle del gravame principale.

1.3 Il ricorso incidentale ed il connesso motivo aggiunto proposti da J & J nel ricorso RG 1354/2015 devono reputarsi improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, essendo stati proposti in via condizionata all'accoglimento del ricorso principale, che è stato però rigettato per le ragioni sopra esposte.

In conclusione, pertanto, l'intero ricorso di cui sopra è infondato, mentre il ricorso incidentale è improcedibile ai sensi dell'art. 35 del c.p.a.

1.4 Il ricorso RG 834/2015 ed i relativi motivi aggiunti devono reputarsi improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione, ai sensi dell'art. 35 del c.p.a.

Nel gravame, infatti, l'esponente J & J aveva impugnato la legge di gara con riguardo ai requisiti previsti per il prodotto di cui al lotto n. 6, laddove le previsioni fossero state interpretate nel senso di impedire la partecipazione alla gara della ricorrente per inidoneità tecnica dell'offerta.

Al contrario, J & J è risultata aggiudicataria del lotto citato, per cui è evidente che non vi è più alcun interesse all'esame delle censure proposte contro la *lex specialis* di gara (si badi che tale conclusione è in fondo condivisa dalla stessa difesa della ricorrente, come risulta dalla lettura di pag. 3 della memoria difensiva unica di J & J depositata il 7.2.2017).

2) RICORSO RG 1896/2015 – LOTTO N. 5

2.1 Il ricorso di cui sopra è volto a contestare l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 5 alla società Baxter Spa (cfr. i documenti 2 e 3 della resistente).

Nel primo mezzo di ricorso, l'esponente evidenzia dapprima che i prodotti emostatici offerti in gara dalla stessa e da Baxter sono sostanzialmente omogenei (circostanza questa che è stata confermata dalla succitata verifica), per cui non vi sarebbe in realtà alcuna sostanziale differenza fra la fornitura per il lotto n. 5 e quella per il successivo lotto n. 6 (cfr. il doc. 2 della ricorrente, art. 4 del capitolato speciale), giacché nessuno dei gel offerti risulta efficace in

caso di sanguinamento a fiotti (anche tale conclusione è fatta propria dal collegio dei verificatori).

Eppure, si continua in ricorso, Baxter ha offerto per i due lotti (n. 5 e n. 6) due prodotti identici pur formulando per gli stessi prezzi differenti; in particolare l'offerta economica di Baxter per il lotto n. 5 è stata assai competitiva, il che ha consentito la vittoria per il lotto n. 5, considerato che il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del D.Lgs. 163/2006 (cfr. l'art. 6 del Disciplinare di gara, doc. 8 della resistente).

In particolare, Baxter ha offerto per il lotto n. 5 un prezzo per unità di prodotto di euro 159,40 (cfr. il doc. 5 della ricorrente), mentre per il lotto n. 6 il prezzo unitario è di euro 176,50 (cfr. il doc. 6 della ricorrente).

Per entrambi i lotti succitati, invece, la ricorrente ha offerto il prezzo di euro 174,90 (cfr. il doc. 4 della ricorrente).

Ciò premesso, secondo l'esponente la condotta di Baxter appare evidentemente anticoncorrenziale, potendo essere assimilata alla pratica commerciale – vietata dal diritto dell'Unione Europea – dei c.d. prezzi predatori, vale a dire praticati solo per determinare l'uscita dal mercato dei concorrenti (l'esponente cita sul punto la sentenza della Corte di Giustizia UE, 27.3.2012, n. C-209/10, che peraltro ha escluso che una politica di prezzi bassi abbia di per sé carattere anticoncorrenziale).

Di conseguenza, secondo la ricorrente l'offerta di Baxter doveva essere esclusa dalla gara, visti gli illeciti effetti anticoncorrenziali prodotti.

La censura, per quanto suggestiva e ben argomentata, non convince il Collegio.

In materia di pubblici appalti, vale da tempo il principio della tassatività dei casi di esclusione dalla gara, a garanzia della parità di trattamento fra i partecipanti alla medesima e per assicurare quindi il pieno dispiegarsi del principio di concorrenza (cfr. l'art. 46, comma 1 *bis*, del D.Lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie ed oggi l'art. 83, comma 8, del D.Lgs. 50/2016).

Nel caso di specie, la ricorrente vorrebbe sostanzialmente individuare un'ipotesi di esclusione non prevista dalla legge ed ancorata ad un presupposto di difficile individuazione, vale a dire la presunta condotta anticoncorrenziale di un operatore, che propone un prezzo del prodotto per fini appunto "predatori", cioè esclusivamente per impedire l'ingresso sul mercato di altro concorrente.

Si tratta però di una tesi che appare in evidente contrasto con il già citato principio di tassatività e che è inoltre priva di qualsivoglia base normativa.

Il vigente codice dei contratti pubblici – che, non si dimentichi, al pari del codice precedente attua direttive dell'Unione Europea – prevede in caso di prezzi anormalmente bassi, l'attivazione della verifica di congruità, superata la quale l'offerta viene ammessa, in quanto ritenuta non anomala e rispondente quindi all'esigenza dell'amministrazione di acquistare beni o servizi al prezzo più competitivo e vantaggioso possibile (esigenza che, si perdoni l'ovvietà, è alla base del sistema delle pubbliche gare).

Nel caso di specie, a fronte di un prodotto tecnicamente idoneo e con un prezzo del medesimo reputato in ogni caso congruo, non si comprende perché l'amministrazione dovrebbe escludere l'offerta, basandosi solo sull'ipotesi che il prezzo sia stato praticato

unicamente per impedire illecitamente l'ingresso sul mercato di nuovi operatori (si consideri poi che nella presente fattispecie la differenza di prezzo nei due lotti per il prodotto di Baxter è minima, pari a circa il 10% e questo rende francamente molto incerto un controllo come quello auspicato dalla ricorrente).

La soluzione prospettata dalla ricorrente costringerebbe le stazioni appaltanti, in casi come quello di cui è causa, ad effettuare una valutazione estremamente complessa sulle politiche commerciali dei partecipanti alla gara – politiche che gli enti appaltanti certamente ignorano e che sono di regola coperte da riservatezza – per verificare se un prezzo apparentemente conveniente per la stazione appaltante sia in realtà ispirato ad una mera finalità “predatoria”.

Pare allo scrivente Collegio che tale soluzione sia estranea al sistema degli appalti pubblici, giacché eventuali condotte anticoncorrenziali - quali l'abuso di posizione dominante sul mercato - dovrebbero trovare la loro eventuale sanzione nelle forme tipiche previste dall'ordinamento (si veda ad esempio la legge 287/1990), e non certo addossando ai singoli enti appaltanti compiti impropri, che si pongono peraltro in contrasto con il principio legislativo di tassatività delle cause di esclusione.

Il primo motivo di gravame deve pertanto respingersi.

2.2 Nel secondo mezzo si sostiene che l'offerta di Baxter doveva escludersi in quanto la stessa non indicava i costi relativi alla sicurezza aziendale.

Anche tale doglianza è priva di pregio.

Il Disciplinare di gara (cfr. per il testo del medesimo, il doc. 8 della resistente), all'art. 13 stabilisce espressamente che per i singoli lotti di gara, i costi relativi ai rischi di interferenza sono pari a zero, mentre

non è espressamente previsto l'obbligo di indicare nell'offerta i costi da rischio specifico o aziendale.

La loro omessa indicazione non è infatti causa di esclusione (cfr. l'art. 9 del Disciplinare), mentre i contenuti dell'offerta economica sono stabiliti dall'art. 8.3.C del medesimo Disciplinare, che non contempla l'indicazione dei costi da rischio specifico.

L'offerta economica della controinteressata è stata redatta in conformità alla *lex specialis*, senza contare che in ogni modo il "Documento d'offerta" di Baxter riporta il "Valore complessivo dei costi non soggetti a ribasso (Oneri della sicurezza e Costo del personale) offerto" (cfr. il doc. 1 della controinteressata, vale a dire la copia integrale dell'offerta, presentata digitalmente).

La giurisprudenza amministrativa formatasi sul codice dei contratti di cui al D.Lgs. 163/2006, ha escluso in ogni modo che l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali – se non prevista espressamente dalla legge di gara – implichi di per sé l'esclusione dalla procedura (cfr. le note sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27.7.2016, n. 19 e n. 20).

In definitiva, l'intero ricorso RG 1896/2015 deve rigettarsi.

3. Le spese dei ricorsi riuniti possono integralmente compensarsi, attesa la reciproca soccombenza delle parti.

Il compenso per la verifica, quando richiesto, sarà liquidato con separato decreto presidenziale, ai sensi dell'art. 66 del c.p.a., tenendo conto che la medesima verifica è stata svolta con riguardo sia alla presente controversia sia a quella riguardante il ricorso RG 2625/2013, anch'esso trattenuto in decisione all'udienza pubblica del 22.6.2017.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti,

- dichiara improcedibile il ricorso RG 834/2015;
- respinge il ricorso RG 1354/2015 e dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- respinge il ricorso RG 1896/2015.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 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