

Publicato il 20/03/2018

N. 00758/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02997/2017 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 2997 del 2017, proposto da:
Cardioline S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Pecora, con domicilio
eletto presso il suo studio in Milano, via Stoppani, 14;

contro

Azienda Regionale Emergenza Urgenza - Areu, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca
Guffanti, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via
Amedei, 8;

nei confronti di

Medicair Italia S.R.L., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della delibera del 24/11/2017-, comunicato alla ricorrente con PEC
del 29/11/2017, con il quale AREU ha aggiudicato a Medicair S.R.L.
la procedura avviata tramite piattaforma SINTEL con Prot. n. 5757

del 27/07/2017 Codice identificativo Gara (CIG): 7156322FB8, relativa alla fornitura di n. 35 elettrocardiografi portatili a 12 derivazioni;

- del verbale n. 1 del 5 ottobre 2017 della Commissione Aggiudicatrice con il quale è stata ammessa l'offerta tecnica di Medicaire S.R.L. e conferito punteggio tecnico alle offerte di tutti i partecipanti;

- della risposta dell'Azienda Regionale Emergenza Urgenza con la quale non veniva consentito l'accesso all'offerta tecnica di Medicaire S.R.L. nonostante gli specifici quesiti tecnici rilevati dal punteggio conferito dalla commissione tecnica in sede di seduta pubblica del 14/12/2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale Emergenza Urgenza - Areu;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2018 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

L'Azienda Regionale Emergenza Urgenza (di seguito, anche solo "Areu" oppure "Azienda"), indiceva una gara d'appalto con procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b), del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice"),

per la fornitura di 35 elettrocardiografi portatili a 12 derivazioni, da destinare all'Azienda appaltante.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 70 punti all'offerta tecnica e di 30 punti a quella economica.

Al termine della procedura, risultava aggiudicataria la ditta Medicaire Srl, con 85,38 punti complessivi, mentre si classificava seconda Cardioline Spa, con 75,15 punti.

Era proposto di conseguenza il ricorso in epigrafe, con istanza cautelare.

Si costituiva in giudizio soltanto Areu, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 25.1.2018, era fissata l'udienza di trattazione, senza ulteriori misure cautelari, con ordinanza della Sezione IV n. 222/2018.

Alla successiva pubblica udienza dell'8 marzo 2018, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 In via preliminare, si rileva che il ricorso introduttivo contiene la richiesta al Presidente del TAR adito di ordinare l'esibizione dell'offerta tecnica di Medicaire.

La richiesta istruttoria non presenta i contenuti di un ricorso ex art. 116, II comma, c.p.a., né risulta essere stata preceduta da una richiesta di accesso ex art. 53 c.p.a.: non v'è tuttavia ragione di valutarne l'ammissibilità, poiché Areu, in sede di costituzione in giudizio, ha evidenziato di avere consentito all'esponente l'accesso alla documentazione richiesta (cfr. il doc. 8 della resistente), sicché l'istanza istruttoria di Cardioline deve reputarsi superata, come del

resto ammesso dalla stessa ricorrente a pag. 2 della propria memoria del 22.1.2018, dove si dà atto di avere ricevuto l'offerta tecnica oggetto della richiesta di accesso.

1.2 La resistente eccepisce la tardività del ricorso, ai sensi dell'art. 120 comma 2 *bis* del c.p.a., per non avere l'esponente impugnato l'ammissione di Medicaire entro il termine di trenta giorni, decorrente dalla seduta pubblica del 24.10.2017, nel corso della quale, alla presenza di un rappresentante di Cardioline, l'amministrazione ha proceduto all'ammissione dell'attuale aggiudicataria (cfr. il doc. 3 della resistente per la copia del verbale di gara).

L'eccezione appare infondata sotto vari profili, giacché, premesso in ogni modo che chi eccepisce la tardività del ricorso deve darne prova rigorosa (cfr. sul punto TAR Sicilia, Catania, sez. I, 9.1.2017, n. 25):

- non sono conosciuti né la delega né i conseguenti poteri del rappresentante di Cardioline presente alla citata seduta pubblica, sicché non è provato che si possa estendere alla società rappresentata l'eventuale conoscenza del provvedimento in capo al suo rappresentante;
- non risulta l'avvenuta pubblicazione del provvedimento di ammissione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 29 del codice;
- la commissione non ha offerto la benché minima motivazione, neppure nei suoi elementi essenziali, del provvedimento di ammissione, che è stato pertanto effettivamente conosciuto nel suo contenuto lesivo soltanto unitamente al provvedimento di aggiudicazione definitiva, che è stato ritualmente gravato - attraverso il ricorso in epigrafe - insieme con gli atti presupposti (cfr. per una

analoga fattispecie, TAR Campania, Napoli, sez. III, 5.10.2017, n. 4677).

1.3 Nei primi due motivi del ricorso – che possono essere trattati congiuntamente, vista la loro omogeneità – l'esponente sostiene che l'offerta di Medicaair doveva essere esclusa, avendo quest'ultima fornito un prodotto differente da quello oggetto della gara ed essendosi realizzato così un vero e proprio "*aliud pro alio*".

Ai fini dell'esatta valutazione della doglianza, appare necessario individuare con chiarezza l'oggetto della procedura, interpretando la legge di gara con i noti criteri ermeneutici di cui agli articoli 1362 e seguenti del codice civile, privilegiando pertanto un'interpretazione letterale, soprattutto a fronte di espressioni dal significato univoco.

In base all'art. 1 della lettera di invito (cfr. il doc. 4 della ricorrente), la fornitura concerne 35 "elettrocardiografi portatili a 12 derivazioni", i cui requisiti sono descritti del capitolato speciale.

Il prodotto di Medicaair è denominato "Comarch PMA" (cfr. il doc. 6 della ricorrente ed anche il doc. 3 di quest'ultima depositato il 22.1.2018) ed è iscritto nell'apposito registro del Ministero della Salute quale "holter ECG" (cfr. la tabella doc. 8 della ricorrente ed anche il doc. 1 della ricorrente depositato il 22.1.2018).

Ciò è conforme alla Classificazione Nazionale Dispositivi Medici (CND), come modificata dal DM 8.06.2016 (si tratta dunque di una distinzione recepita da una fonte regolamentare): invero, nell'ambito della categoria Z "apparecchiature sanitarie e relativi componenti accessori", è previsto un ramo CND Z120503 "elettrocardiografi", all'interno della quale sono previste sette diverse tipologie di elettrocardiografi e accessori, e dall'altra il distinto Z120504,

“strumentazione per sistemi holter per parametri cardiovascolari”, che include otto diverse tipologie di holter e relativo materiale.

Gli apparecchi classificati quali “holter ECG” non possono quindi essere assimilati o equiparati agli elettrocardiografi, che hanno caratteri differenti e che non vanno quindi confusi con i primi.

Sul punto sia consentito il riferimento anche alla letteratura scientifica prodotta in copia della difesa dell’esponente (cfr. i documenti 9 e 10 di quest’ultima), che pone in luce le caratteristiche e le finalità di impiego dell’elettrocardiografo, per cui la nozione di quest’ultimo non può essere intesa in senso generico, bensì in senso specialistico, quale strumento che rispetta le classificazioni previste dalla normativa tecnica sanitaria (cfr. anche il doc. 2 della ricorrente depositato il 22.1.2018).

Ancora ad esempio, per rimarcare la differenza fra “holter” ed elettrocardiografo, si evidenzia che solo quest’ultimo può essere utilizzato a bordo delle ambulanze, avendo l’apposita certificazione tecnica EN 1789 (cfr. il doc. 11a della ricorrente).

La differenza fra elettrocardiografi ed holter è ammessa dalla stessa resistente, a pag. 13 della propria memoria; tuttavia secondo Areu l’apparecchio offerto dall’aggiudicataria rispetta i requisiti previsti dalla legge di gara e in special modo dal capitolato speciale (cfr. per quest’ultimo, il doc. 2 della resistente).

La tesi della resistente, sulla presunta conformità dell’holter di Medicaire alla legge di gara, non può però trovare accoglimento.

L’art. 1 della lettera di invito è chiara nel riferimento agli elettrocardiografi, che, per quanto sopra esposto, sono strumenti con caratteristiche precise e non possono quindi confondersi con altri

differenti strumenti, quand'anche questi ultimi svolgano funzioni in parte sovrapponibili.

L'art. 3 della lettera di invito, inoltre e contrariamente a quanto sostenuto dall'Azienda, conferma che la gara è ristretta ai soli elettrocardiografi (cfr. ancora il doc. 4 della ricorrente).

L'art. 3 richiama infatti la classificazione del CPV, cioè il vocabolario comune per gli appalti ("Common Procurement Vocabulary"), di cui all'art. 3, lettera *ttt*), del codice, vale a dire la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici prevista da un apposito regolamento comunitario.

La categoria merceologia di cui al citato art. 3 della lettera di invito è quella "33123200-0 Elettrocardiografi" e si tratta di una categoria avente un significato univoco, giacché il codice numerico identifica con le prime cinque cifre un'apposita categoria di prodotti, mentre le ultime tre cifre forniscono un grado di precisione supplementare e a tale codice corrisponde il prodotto "Elettrocardiografo", avente le caratteristiche tecniche sopra ricordate, non assimilabile al prodotto classificato invece come "holter" (cfr. l'elenco allegato al regolamento CE 28.11.2007 n. 213/2008: il quale prevede per gli apparecchi di controllo delle funzioni cardiache, come l'holter, il diverso codice 33123210-3).

A diversa conclusione non induce la lettura del capitolato speciale e segnatamente dell'art. 2 del medesimo sulle caratteristiche tecniche minime, posto che il capitolato deve essere interpretato avendo ovviamente presente la lettera di invito, costituente quest'ultima il vero e proprio bando o avviso di gara, con il quale la stazione appaltante individua l'oggetto della fornitura richiesta e tenuto altresì conto che, per giurisprudenza pacifica, in caso di contrasto fra il

bando e gli altri atti costituenti la *lex specialis* di gara (disciplinare e capitolato), prevale comunque il bando, visto che gli altri documenti sono chiamati ad integrare il primo e non a modificarlo (cfr. da ultimo, fra le tante, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 27.11.2017, n. 11746).

Neppure potrebbe essere invocato il c.d. principio di equivalenza di cui all'art. 68 del codice, giacché quest'ultimo non può mai consentire alle amministrazioni di snaturare sostanzialmente la legge di gara, acquistando un prodotto differente da quello oggetto della procedura.

In conclusione, i primi due mezzi di gravame devono essere accolti, con assorbimento di ogni altra censura e con annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore di Medicaire Srl.

1.4 L'esponente ha altresì chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo stipulato (cfr. per quest'ultimo il doc. 9 della resistente) ed il conseguente subentro nella fornitura.

La domanda, ritualmente proposta ai sensi degli articoli 122 e 124 del c.p.a., deve essere accolta, essendo la ricorrente seconda classificata nella graduatoria definitiva e non potendosi ammettere la perdurante efficacia di un contratto di fornitura di prodotti ad uso medico diversi da quelli oggetto della lettera di invito.

La decorrenza del subentro è fissata al momento della notificazione della presente sentenza.

2. Le spese della presente fase di merito seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico della sola Areu, mentre possono essere compensate nei confronti di Medicaire Srl, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Dichiara l'inefficacia del contratto concluso fra Areu e Medicaire Srl ed ordina il subentro della società ricorrente.

Condanna l'Azienda Areu al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

Compensa per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO