



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1294 del 2013, proposto da:

3M Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Vantaggiato, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Lecce, via Zanardelli, 7;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Sebastio, elettivamente domiciliata presso l'avv. Stefano Miglietta in Lecce, via 95° Reggimento Fanteria;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione di 3M Italia s.p.a. dalla procedura aperta per la fornitura biennale di BIOPATCH per l'ASL Taranto, suddivisa in 3 voci (CIG3901543721 - 3901550CE6 - 39015626CF);
 - della nota prot. n. 3169 del 27 giugno 2013, con cui è stata comunicata a 3M Italia s.p.a. la predetta esclusione;
 - della nota dell'ASL Taranto n. 1449/dip del 26 aprile 2013, di contenuto non conosciuto, e richiamata nella comunicazione di esclusione;
 - di tutti i verbali di gara, di contenuto non conosciuto, ivi compresi quelli relativi alle sedute riservate di valutazione tecnica delle offerte;
 - della graduatoria di gara, dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva, qualora *medio tempore* intervenute, nonchè del futuro eventuale stipulando contratto con l'aggiudicataria;
 - in subordine, della *lex specialis* di gara, ivi incluso il Disciplinare di gara e i relativi allegati;
 - di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale;
- nonchè per l'accertamento del diritto della società ricorrente ad essere riammessa alla suddetta procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2013 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti l'avv.

A. Vantaggiato per la ricorrente e l'avv. A. Sebastio per la ASL;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato gli atti con cui l'Amministrazione sanitaria di Taranto ha disposto la sua esclusione dalla gara (procedura aperta) indetta per la fornitura biennale del prodotto "Biopatch", marchio registrato che sta ad indicare una medicazione antimicrobica ed antifungina a disco in schiuma di poliuretano, contenente clorexidina gluconato a lento rilascio, con fenestrazione radiale, sterile, monouso; per espressa disposizione del disciplinare (art. 1.4 punto VI), venivano ammessi in gara prodotti equivalenti.

L'esclusione della 3M Italia è dipesa dall'asserita difformità del prodotto offerto (Tegaderm) rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante; in particolare, esso non sarebbe una schiuma idrofilica, non assicurerebbe una protezione del sito a 360°, non avrebbe delle significative evidenze scientifiche.

La ricorrente ha contestato sia l'illegittimità dell'atto di esclusione per violazione della *lex specialis* e delle norme e dei principi che disciplinano le pubbliche gare, sia, in subordine, l'illegittimità della stessa *lex specialis* nella parte in cui delinea la fornitura oggetto di gara con riferimento ad uno specifico prodotto.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, l'Azienda Sanitaria Locale di Taranto.

A seguito della trattazione dell'istanza cautelare conclusasi con il pronunciamento favorevole di questo Tribunale (ordinanza n. 433/2013), alla pubblica udienza del 14 novembre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

II. Il ricorso è fondato e va accolto.

II.1. In via preliminare, il Collegio reputa di dovere esaminare l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla ASL resistente.

Essa è infondata.

Ai sensi dell'art. 155, comma 5, cod. proc. civ., aggiunto dall'art. 2, comma 1, L. 28 dicembre 2005 n. 263 e applicabile anche al processo amministrativo, il termine per ricorrere scadente il sabato deve intendersi prorogato *ope legis* al primo giorno seguente non festivo.

Nel caso in esame, il ricorso è stato ritualmente notificato il 29 luglio 2013, ossia di lunedì, tenuto conto del fatto che il termine di trenta giorni per la proposizione dello stesso scadeva il 27 luglio 2013, ossia di sabato.

II.2. Parimenti da respingere è l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sempre sollevata dalla ASL resistente, per difetto di *vocatio in ius* del terzo controinteressato.

E', infatti, principio ormai pacifico che "il ricorso contro l'esclusione dalla gara pubblica, proposto prima del provvedimento finale di aggiudicazione dell'appalto, non comporta l'onere di notifica ai controinteressati, sia perché in quella fase non sussiste un interesse protetto in capo agli altri concorrenti suscettibile di essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso, sia perché comunque il loro interesse non emerge direttamente dal provvedimento impugnato" (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 22 novembre 2013, n. 9989; nello stesso senso ed *ex multis*, T.A.R. Marche Ancona, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 655; Consiglio di Stato, sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4852).

II.3. Nel merito, si osserva quanto segue.

L'art. 1.4. del Disciplinare, al punto VI, stabilisce che "la documentazione dovrà essere tale da evidenziare la rispondenza di quanto offerto a quanto richiesto o l'equivalente" e ancora che "le caratteristiche dei prodotti riportate nei predetti allegati tecnici di gara sono da intendersi a titolo preferenziale ma non vincolante. Pertanto la non conformità di talune caratteristiche merceologiche non comporterà la non validità dell'offerta. Nella fase di verifica della conformità delle proposte formulate l'ASL TA potrà ritenere valide offerte contenenti caratteristiche diverse da quelle innanzi indicate purchè le stesse non limitino il corretto utilizzo dei beni rispetto allo specifico uso a cui sono destinati".

Tale previsione della *lex specialis* è in linea con le prescrizioni contenute nell'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006, che al comma 13 precisa: "A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare nè far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione «o equivalente»".

La *ratio* delle disposizioni contenute nel citato art. 68 è chiara e va ricondotta alla necessità di rispettare il principio della più ampia partecipazione alle gare finalizzato alla ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente.

L'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006 introduce anche il principio (commi 4 e 7) secondo cui è onere dell'offerente di fornire la prova (con qualsiasi mezzo appropriato, ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante) circa l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nel capitolato.

Ebbene, risulta che la ricorrente ha allegato alla propria offerta una dichiarazione di equivalenza del prodotto "Tegaderm" a quello "Biopatch", corredata dalla documentazione tecnico-scientifica di riferimento.

Da tale ultima e da quella ulteriore versata in giudizio (cfr., in particolare, la brochure depositata in data 24 ottobre 2013 e la relazione tecnica a firma del dr. Savino Russo depositata il 9 settembre 2013) si evince che, posta l'identità del principio attivo (clorexidina gluconato a lento rilascio) il tampone in gel di cui è dotato il prodotto "Tegaderm", al pari della schiuma idrofilica che caratterizza il prodotto "Biopatch", "è in grado di garantire l'assorbimento di piccole quantità di essudati, pur mantenendosi trasparente nel tempo, così da garantire una continua visualizzazione del punto di inserzione"; inoltre, da test effettuati in vitro, è stata riscontrata la capacità di "Tegaderm" di inibire la crescita batterica anche sotto il catetere, evitando, in tal modo, le infezioni ad esso correlate. Dalla medesima documentazione si ricava, ancora, che il prodotto offerto dalla ricorrente non è privo di riscontri evidenti sul piano scientifico.

Quest'ultima, quindi, ha sufficientemente dimostrato che la soluzione proposta corrisponde in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche indicate nel disciplinare, solo a titolo esemplificativo ricondotte a quelle del prodotto "Biopatch"; pertanto, il provvedimento di esclusione si rivela illegittimo perchè contrario al principio del *favor participationis* posto a presidio della regola della concorrenza.

Ed infatti, la rigida valutazione compiuta dalla stazione appaltante sull'equivalenza dei prodotti in gara finisce con il frustrare la *ratio* sottesa all'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006, poiché si risolve nell'identificare il prodotto richiesto proprio con il tipo "Biopatch" a cui il disciplinare fa riferimento, con l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti, soprattutto se la platea dei concorrenti, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, è già di per sé limitata.

Quanto agli ulteriori rilievi (rispetto ai tre indicati nel provvedimento di esclusione e nella nota con cui la stessa è stata comunicata) mossi dalla stazione appaltante a dimostrazione della non equivalenza del prodotto "Tegaderm", contenuti nella relazione tecnica a firma del dott. Pasquale Massimilia e versata in atti in allegato alla memoria di costituzione, essi non possono essere esaminati in questa sede poiché, sostanzialmente riprodotti dalla ASL di Taranto nella predetta memoria, rappresentano una integrazione postuma della motivazione, come tale vietata e inammissibile ("l'atto amministrativo, oggetto di impugnazione, non può essere integrato con motivazione postuma nel corso del giudizio, con la conseguenza che va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno ed in esse esplicitate"; cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 12 aprile 2013, n. 1055).

Per tutte le considerazioni che precedono, quindi, il ricorso va accolto.

III. Tenuto conto dell'oggetto della gara e del fatto che la valutazione sull'equivalenza dei prodotti in gara può non portare a soluzioni immediate, il Collegio reputa di poter disporre la compensazione delle spese processuali tra le parti, ponendo a carico dell'Amministrazione sanitaria resistente il solo rimborso di quelle sostenute per il pagamento del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Le spese vanno compensate tra le parti, ad eccezione di quelle relative al versamento del contributo unificato, che vanno poste a carico dell'ASL di Taranto e quindi rimborsate alla ricorrente.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario

Simona De Mattia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)