



REPUBBLICA ITALIANA

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 1011 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Nutricia Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Lamperti ed Ermanno Vaglio, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, via Vittorio Pisani, 20;

***contro***

A.S.L. della Provincia di Como, rappresentata e difesa dall'avv. Francesca Aliverti, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Gaetano Donizetti, 2;

***nei confronti di***

Fresenius Kabi Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;

Covidien Italia S.p.a.;

***per l'annullamento***

quanto al ricorso principale

della deliberazione in data 21.3.2013, n. 192, comunicata con lettera del 25 marzo 2013, prot. 729, ricevuta successivamente a mezzo raccomandata, nella parte in cui l'A.S.L. di Como ha aggiudicato a Fresenius Kabi Italia S.r.l. il Lotto n. 30 dell'appalto quadriennale della fornitura di prodotti e presidi per nutrizione enterale occorrenti alle Aziende Sanitarie Locali delle Province di Como, Bergamo, Sondrio e Varese e all'Azienda Ospedaliera Sant'Anna di Como, nonché nella parte in cui ha approvato la graduatoria delle offerte di Fresenius, Covidien e Nutricia, come prima, seconda e terza classificata ed i verbali di gara del 4.3.2013 e dell'11.3.2013, ove dichiarano conformi ai requisiti tecnici previsti dal capitolato speciale di gara le pompe peristaltiche offerte da Fresenius e Covidien Italia S.p.A., senza invece disporre l'esclusione, ed ogni atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ivi incluso i predetti verbali del 4 marzo 2013 e dell'11.3.2013 e l'eventuale contratto concluso con Fresenius.

Quanto ai motivi aggiunti

per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato dalla ASL di Como con Fresenius Kabi S.p.A. in data 1.7.2013, come comunicato con atto in pari data prot. 45517, e l'annullamento di ogni atto deliberativo presupposto e allo stato non noto, previa sospensione cautelare degli effetti di tali atti e del contratto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.L. della Provincia di Como e di Fresenius Kabi Italia S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Fresenius Kabi Italia S.r.l.;

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 Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il presente ricorso la società istante, terza classificata dopo Fresenius Kabi Italia S.r.l. e Covidien Italia S.p.a. nella graduatoria relativa all'affidamento per il lotto n. 30 dell'appalto quadriennale della fornitura di prodotti e presidi per nutrizione enterale occorrenti alle Aziende Sanitarie Locali delle province di Como, Bergamo, Sondrio e Varese e all'Azienda Ospedaliera Sant'Anna di Como, ha impugnato gli atti relativi all'aggiudicazione della procedura, contestando la mancata esclusione delle prime due classificate per l'assenza nella loro offerta di caratteristiche tecniche prescritte dal capitolato di gara come essenziali.

In particolare, secondo l'assunto della ricorrente, sia Fresenius che Covidien avrebbero contemplato nell'ambito dell'offerta delle nutripompe, comprese di batteria, di peso superiore ai 400 grammi e non lavabili con acqua o con altri liquidi, mentre il capitolato richiedeva nell'Allegato nutripompe di peso inferiore ai 400 grammi e lavabili, come quelle offerte dalla ricorrente.

Inoltre, le succitate caratteristiche tecniche erano da ritenersi essenziali ai sensi dell'art. 4 del capitolato speciale di gara, secondo le cui disposizioni letterali: "i prodotti forniti dovranno corrispondere a quanto descritto nelle caratteristiche generali ed in ogni singolo Lotto all'Allegato 1. La precisa corrispondenza della qualità dei prodotti forniti a quanto richiesto costituisce elemento essenziale della fornitura".

Si sono costituite in giudizio l'A.S.L. della provincia di Como e Fresenius Kabi S.p.a. che hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso sotto diversi profili, chiedendone, comunque, la reiezione per infondatezza nel merito.

La controinteressata ha, altresì, proposto ricorso incidentale con il quale ha impugnato l'art. 4 del capitolato di gara per la violazione del principio di equivalenza, ricorso del quale la ricorrente principale ha eccepito l'irricevibilità.

Con ordinanza n. 560/13 del 23 maggio 2013 la sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla società ricorrente, fissando la trattazione del merito della causa alla prima udienza pubblica dell'anno 2014, provvedimento poi riformato dal Consiglio di Stato, sez. III, con ordinanza n. 2266/13 del 18 giugno 2013, che ha statuito, altresì, l'anticipazione della trattazione del merito della causa.

In seguito alla stipulazione dei contratti relativi all'affidamento della fornitura, la ricorrente principale ha proposto ricorso per motivi aggiunti chiedendone l'inefficacia e la sospensione in sede cautelare.

Con ordinanza n. 888/13 del 29 luglio 2013 la sezione ha respinto la succitata istanza cautelare, fissando la trattazione del merito della causa all'odierna udienza pubblica.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie e documenti a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 14 novembre 2013 il ricorso è stato, infine, trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Il collegio ritiene, in via preliminare ed in omaggio al principio di effettività della tutela giurisdizionale e di sinteticità degli atti di cui all'art. 3 c.p.a., di assorbire le eccezioni relative all'asserita inammissibilità del ricorso

principale, attesa l'infondatezza nel merito dello stesso, come risulterà dalle considerazioni seguenti.

Deve, poi, rilevarsi che in data 24 ottobre 2013 la difesa della controinteressata Fresenius ha depositato in giudizio una relazione tecnica redatta dall'Ing. Biomedico Giovanna Lazzari, alla quale è stato allegato l'elenco delle nutripompe attualmente in commercio in Italia, estratto dal Repertorio dei Dispositivi Medici presente sul sito del Ministero della Salute e nella quale il tecnico afferma che, dall'analisi delle schede tecniche relative a ciascuna delle suddette nutripompe, si evince che le uniche a presentare un peso inferiore a 400 g, qualora si consideri la pompa corredata dall'accessorio batteria, sono quelle della ditta Nutricia Italia S.p.a.

Le suddette affermazioni non sono state in alcun modo contestate dalle controparti, neanche in sede di discussione, e devono, dunque, ritenersi provate, ai sensi dell'art. 64 c.p.a.

Risulta decisivo, a questo punto, lo scrutinio del ricorso incidentale, con il quale la controinteressata Fresenius ha dedotto la violazione dell'art. 68 del codice degli appalti ed in particolare del principio di equivalenza, assumendo l'illegittimità della clausola di essenzialità delle caratteristiche tecniche previste dal capitolato speciale di gara contenuta nell'art. 4 del medesimo.

Riguardo all'eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale sollevata dalla ricorrente principale secondo l'assunto che la clausola dell'art. 4, in quanto immediatamente escludente e perciò lesiva, avrebbe dovuto essere impugnata dalla controinteressata nel termine di 30 giorni decorrente dalla sua pubblicazione, il collegio conviene con le considerazioni espresse dal Consiglio di Stato in sede cautelare, per il quale: "non sembra(no) giovare la tesi dell'immediata impugnazione ab initio della *lex specialis* (giacché la lesione in capo all'appellante Fresenius Kabi Italia è scaturita dall'impugnata ordinanza"(cfr. ordinanza n. 2266/13 del 18 giugno 2013). Solo con l'ordinanza n. 2266/13 emessa da questa sezione il 18 giugno 2013, infatti, con la quale il collegio ha accolto l'istanza cautelare in adesione della tesi della ricorrente in relazione all'essenzialità delle caratteristiche tecniche contemplate nel capitolato prevista dalla clausola succitata, può ritenersi integrato l'effetto lesivo della stessa, momento dal quale solo può decorrere il termine di decadenza per l'impugnazione della clausola.

L'eccezione deve, dunque, essere disattesa.

Nel merito, il collegio ritiene che il ricorso incidentale sia fondato.

Ed invero, dalla relazione tecnica succitata è emerso, e risulta incontestato, che Nutricia Italia S.p.a. è l'unica a commercializzare nutripompe enterali di peso inferiore a 400 g, qualora si consideri la pompa corredata dall'accessorio batteria.

Ne consegue che la caratteristica tecnica del peso della pompa inferiore ai 400 grammi prevista dall'allegato al capitolato speciale di appalto, in quanto essenziale ai sensi dell'art. 4 del capitolato medesimo, risulta illegittima perché si pone in contrasto con l'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006 ed in particolare con il principio di equivalenza.

Come più volte statuito dal Consiglio di Stato, invero, il principio di equivalenza, in virtù del quale non può essere escluso dalla gara l'operatore economico che offra un prodotto che, seppur non corrispondente ai requisiti di natura tecnica indicati dalla *lex specialis*, garantisce comunque la medesima prestazione e il medesimo risultato preteso dalla stazione appaltante, costituisce un principio immanente alla stessa regola dell'evidenza pubblica e del suo immediato e fondamentale corollario, il *favor participationis*, presiedendo all'esercizio stesso della discrezionalità tecnica.

La pubblica amministrazione, nella *lex specialis*, deve, infatti, rispettare, per il principio di legalità del suo agire, la disposizione dell'art. 68, comma 2, del d. lgs. 163/2006, laddove esso prescrive, in nome del *favor participationis*, che "le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza".

Il significato sostanziale che permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, in particolare, la disposizione

dell'art. 68 del d. lgs. 163/2006, consiste, cioè, non solo nella massima partecipazione dei concorrenti, ma anche e soprattutto, attraverso questa, nel conseguimento di un bene (prodotto o servizio), da parte della stazione appaltante, che tecnicamente soddisfi nel miglior modo possibile, proprio per la più ampia offerta consentita dal favor participationis, le esigenze della collettività che sono affidate alla cura dell'Amministrazione.

Riconoscere che vi possano essere prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quello richiesto dall'Amministrazione e, quindi, capaci di soddisfare le esigenze che giustificano l'indizione della gara, ampliando la platea dei concorrenti, costituisce non solo corretta applicazione del favor participationis, ma anche e soprattutto legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione" (cfr., Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364 e 13 settembre 2013, n. 4541).

Ne consegue che, nella fattispecie all'esame del collegio, deve essere annullata, in quanto ritualmente impugnata con il ricorso incidentale, la clausola di cui all'art. 4 più volte citato, perché fissa specifiche tecniche restrittive in violazione di quanto previsto dall'art. 68 del codice degli appalti.

Dall'accoglimento del ricorso incidentale e, dunque, dall'annullamento della clausola di cui al succitato art. 4, consegue l'infondatezza del ricorso principale, con riferimento alla principale censura nel medesimo dedotta, atteso che la caratteristica del peso inferiore ai 400 grammi delle nutripompe enterali richieste dalla stazione appaltante, nella fattispecie in questione, in cui solo Nutricia commercializza pompe che posseggono tale caratteristica e alla luce del principio di equivalenza, non può essere intesa come essenziale e, dunque, non può costituire motivo di esclusione di concorrenti che abbiano offerto nutripompe che si discostano leggermente da tale previsione ma che, ciononostante, possono egualmente considerarsi pienamente rispondenti alle esigenze dell'amministrazione perché leggere e agevolmente maneggevoli.

Con riferimento alla censura relativa all'assunta carenza della caratteristica della "lavabilità dell'apparecchiatura senza che la stessa venga danneggiata", deve premettersi che il Comitato Elettrotecnico Italiano, ai fini dell'individuazione del grado di impermeabilità degli apparecchi elettronici, ha recepito l'utilizzazione dei parametri e delle codifiche di cui alla norma EN60529 ed in particolare la scala numerica da IPX0 a IPX8, i cui gradini indicano gradi sempre maggiori di resistenza all'acqua del prodotto, partendo da quello "non protetto" (IPX0), fino ad arrivare a quello "protetto contro la prolungata immersione in acqua ad oltre un metro di profondità" (IPX8).

Nella fattispecie all'esame del collegio, non avendo la lex specialis di gara previsto uno specifico grado di impermeabilità della pompa, ma avendo la stessa utilizzato il generico aggettivo "lavabile", tale peculiarità deve, dunque, interpretarsi, in omaggio al principio del favor participationis, come posseduta anche dalle pompe offerte dalla Fresenius e da Covidien, di codifica IPX4 "protezione contro gli spruzzi d'acqua da qualsiasi direzione".

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso incidentale deve essere accolto e quello principale deve essere respinto, unitamente ai motivi aggiunti.

La complessità delle questioni trattate e l'andamento del giudizio giustificano l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale e respinge il ricorso principale, unitamente al ricorso per motivi aggiunti, nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

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

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2014

IL SEGRETARIO

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