

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6205/08 REG.DEC.

N. 296 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 296/2007 , proposto da: FRESENIUS KABI ITALIA S.p.A. e FRESENIUS KABI ITALIA S.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari con domicilio eletto in Roma, via di Ripetta, 142 presso il suo studio;

contro

l'Azienda Ospedaliera Universitaria "San Martino" di Genova, rappresentata e difesa dall'avv. Piergiorgio Alberti, con domicilio eletto in Roma, via Carducci 4 presso il suo studio;

e nei confronti della

BAXTER S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Piergiorgio Villa, con domicilio eletto in Roma, via Donatello 23 presso il suo studio;

per la riforma

della sentenza del TAR Liguria - Genova: Sezione I, n. 1705/2006, resa tra le parti, concernente aggiudicazione fornitura di sacche premiscelate pronte;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliera Universitaria "San Martino" di Genova e della Baxter S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

SC

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 3 Giugno 2008, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, l'avv.to F.G. Ferrari, l'avv.to P.Quinto, per delega dell'avv.to P.Alberti, e l'avv.to P.Villa;

Visto il dispositivo di decisione n. 431/2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza gravata, il TAR Liguria ha accolto il ricorso incidentale della società Baxter ed ha dichiarato inammissibile il ricorso principale (e relativi motivi aggiunti) proposto da FRESENIUS KABI ITALIA S.p.A. e FRESENIUS KABI ITALIA S.r.l. avverso gli atti della gara di licitazione privata per la fornitura di sacche premiscelate pronte relativamente ai lotti 2 B e 3 A e relativa aggiudicazione a favore della Baxter s.p.a.

2.In particolare il TAR ha ritenuto fondato il ricorso incidentale della Società aggiudicataria tendente alla declaratoria di illegittimità della mancata esclusione dell'offerta della ricorrente principale per violazione del principio di immodificabilità soggettiva durante le operazioni di gara e per mancanza delle necessarie verifiche da parte della Stazione appaltante, con conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale.

3.Avverso detta sentenza hanno proposto appello le ricorrenti

originarie, deducendo quanto segue:

-il TAR ha errato nel ritenere paralizzante dell'impugnazione principale il ricorso incidentale della società Baxter, atteso che le società istanti non sono incorse in alcuna manchevolezza sanzionabile con l'esclusione, in quanto esse hanno regolarmente comunicato all'Azienda ospedaliera la cessione del ramo di azienda, con onere al più a carico della Stazione appaltante di procedere alle relative verifiche di idoneità del cessionario ai fini della presentazione dell'offerta o della potenziale aggiudicazione dell'appalto. In altri termini, nella specie non ricorrono cause di esclusione a carico delle istanti, ma al più una carenza istruttoria dell'Amministrazione;

-il TAR è andato ultra petita in quanto il ricorso incidentale non è diretto a contestare la mancata esclusione dalla gara della cessionaria FKI s.r.l. ma la omessa verifica dell'idoneità soggettiva della medesima;

-in ogni caso il ricorso incidentale, anche nell'ipotesi in cui fosse diretto all'esclusione dalla gara della FKI s.r.l., doveva essere respinto non solo per difetto di manchevolezze imputabili alle istanti ma anche per mancata allegazione da parte dell'aggiudicataria di fatti ostativi all'esperimento della verifica dell'idoneità soggettiva;

-non può essere disconosciuta nella specie la intervenuta comunicazione della cessione azionaria da riconoscersi come rituale in assenza di prescrizioni normative sul punto;

-erroneità delle circostanze supposte nella relazione istruttoria redatta dall'Azienda ospedaliera e comunque esse sono inidonee a deporre per manchevolezze imputabili alle istanti.

Le istanti hanno quindi riproposto espressamente le censure avanzate in primo grado e non esaminate dal TAR per la ritenuta fondatezza del ricorso incidentale, deducendo quanto segue:

-il prodotto della concorrente Baxter, con riferimento al lotto 2B, risulta difforme da quello richiesto, in quanto ha una percentuale di apporto in calorie non proteiche da lipidi inferiore a quello richiesto (38,46 Kcal contro almeno il 40% Kcal prescritto), come del resto rilevato dallo stesso clinico analizzatore dell'Azienda ospedaliera, ma l'Aministrazione non solo non è pervenuta alla necessaria esclusione della Baxter dalla gara ma ha anche omesso di fornire una qualche motivazione sul punto, pur a seguito di apposita dichiarazione di censura da parte della società Braun di Milano;

-pur ammettendosi la possibilità di istituire un confronto concorrenziale con il prodotto Baxter, in ogni caso in relazione all'elemento di valutazione rapporto glucidi/lipidi non poteva che attribuirsi il punteggio zero stante la non valutabilità a priori sotto tale aspetto del relativo prodotto, mentre era stato illegittimamente assegnato un punteggio pari a 2 , con incidenza sul risultato del confronto (tolti i due punti, le istanti avrebbero conseguito punti 88,29 e Baxter punti 88;

-illegittimità dell'elemento di valutazione sub punto 9

(disponibilità del produttore ad effettuare test di compatibilità/stabilità in caso di necessità di aggiunta diverse da quelle testate), in quanto estraneo alle prestazioni che è chiamato a svolgere l'appaltatore, con conseguente indeterminatezza dell'impegno negoziale richiesto, a parte che trattasi di aspetto già considerato in sede di valutazione dell'elemento 8 (documentazione sulla stabilità della sacca dopo aggiunta di minerali, oligoelementi, vitamine ed eventuali farmaci) e comunque non sufficientemente delineato impedendo alle istanti di formulare la propria disponibilità ad un tale impegno;

-violazione delle regole di gara e del principio della parità di trattamento dei concorrenti con riferimento al lotto 3A, in ordine al quale vi è stata l'aggiudicazione a favore della società Baxter (anziché alla ricorrente FKI s.r.l.), che illegittimamente aveva presentato un'offerta plurima ed alternativa e perciò doveva essere esclusa dalla gara.

Le istanti hanno rilevato che quanto dedotto è sufficiente per la tutela dei loro interessi, ma per scrupolo deducono in via subordinata anche l'illegittimità del capitolato speciale nella parte in cui si prevede il pagamento delle fatture nel termine di 220 gg. dalla data di protocollazione, in violazione dell'art. 4 D. L.vo n. 231/2002, che fissa tale termine in trenta giorni.

Hanno concluso, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati, tra cui anche il contratto eventualmente stipulato tra l'Azienda ospedaliera e la società Baxter, salvo che non si propenda per la

dichiarazione di nullità del contratto medesimo.

4. Si sono costituite in giudizio, l'Azienda ospedaliera e la società aggiudicataria.

L'Azienda ospedaliera ha fatto presente che con deliberazione del 29.6.2006 era stato preso atto delle risultanze della gara e che la fornitura era stata immediatamente avviata mediante emissione dell'ordine di acquisto, la cui esecuzione era in corso già da otto mesi. Ha quindi concluso per il rigetto dell'appello atteso che relativamente la lotto 2B non vi è alcuna clausola della disciplina di gara che configuri come inderogabile il rapporto tra glicidi e lipidi all'interno delle sacche, tanto più che uno scostamento di 1,4% rispetto al 40% è pienamente accettabile in adesione alle linee guida della Società Italiana di Nutrizione Parentale ed Enterale (SINPE) e tale interpretazione è coerente con la valutabilità fino a 10 punti su 100 delle "caratteristiche tecniche qualitative di funzionalità del prodotto che pur rientrando nelle caratteristiche generali stabilite possono presentare livelli qualitativi differenti"; che relativamente al lotto 3A la disciplina di gara non impediva ai concorrenti di formulare un'offerta alternativa per ciascun lotto con riguardo a prodotti diversi.

La società aggiudicataria ha chiesto pur essa il rigetto dell'appello, richiamando la sentenza del TAR.

Con ordinanza n. 905/2007, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante in considerazione dello stato di esecuzione della fornitura.

Le parti costituite hanno predisposto memoria conclusiva.

All'udienza del 3 giugno 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello è fondato e merita accoglimento.

5.1. Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, il ricorso incidentale della società Baxter (aggiudicataria dei lotti 2 B e 3A, oggetto di contestazione) deve dichiararsi inammissibile.

Detto ricorso incidentale contesta l'ammissione alla gara della Fresenius Kabi Italia s.r.l. per violazione del principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente durante le operazioni di gara in quanto non emergerebbe dagli atti di gara l'intervenuta cessione del ramo di azienda da parte Fresenius Kabi Italia s.p.a. né vi sarebbe stata da parte dell'Amministrazione appaltante la verifica dell'idoneità soggettiva della società subentrante.

E' stato accertato dal TAR che durante la gara una comunicazione al riguardo da parte dell'Amministratore delegato di Fresenius s.p.a. (di aver ceduto il ramo di azienda alla controllata Fresenius s.r.l.) era stata inviata, per cui, in base alla censura proposta dal ricorrente incidentale nel giudizio davanti al TAR, residuava solo l'aspetto relativo alla mancata verifica da parte della Stazione appaltante dell'idoneità soggettiva della società cessionaria. Il TAR è andato invece ultra petita, come dedotto dalle appellanti, per aver ritenuto insufficiente la comunicazione del solo cedente del ramo di azienda, aspetto che non era stato dedotto dal ricorrente incidentale.

Per quanto concerne poi la mancata verifica dell'idoneità soggettiva del cessionario, si tratta di inadempimento imputabile alla sola Stazione appaltante che non può comportare l'automatica esclusione della società non sottoposta a verifica ma semmai l'obbligo per l'Amministrazione di effettuarla (V. ora art. 51 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni).

Con la conseguenza che il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria e tendente a paralizzare il ricorso principale delle ricorrenti deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse, dovendosi comunque procedere nella specie all'esame delle censure proposte dal ricorrente principale.

5.2. Dette censure, che sono state espressamente riproposte in appello, sono fondate con riferimento ai due lotti in contestazione (2B e 3A).

5.2.1. Per quanto concerne il lotto 2B, ha carattere assorbente la doglianza con la quale si sostiene che la società Baxter doveva essere esclusa dalla gara per aver offerto un prodotto con una percentuale di apporto in calorie non proteiche da lipidi inferiore a quello richiesto (38,46 Kcal contro almeno il 40% Kcal prescritto), come del resto rilevato dallo stesso clinico analizzatore dell'Azienda ospedaliera.

Né impedisce tale esclusione la circostanza che la disciplina di gara non preveda espressamente per un'evenienza del genere l'esclusione dalla gara o il fatto che lo scostamento del rapporto

glucidi/lipidi sia di poco superiore all'1%.

Con riferimento al primo aspetto è sufficiente richiamare il principio enunciato dalla Sezione (e dal quale non vi sono ragioni per discostarsi) secondo cui la questione della sanzionabilità o meno con l'esclusione dalla gara si pone per l'inosservanza od omissione di formalità o dichiarazioni, mentre l'offerta di un oggetto diverso da quello richiesto comporta di per sé l'esclusione dalla gara, senza bisogno di apposite clausole (Sez. V 3 gennaio 2006 n. 16).

Per quanto concerne il secondo aspetto, si rileva che il capitolato speciale prevede che le caratteristiche tecniche richieste per i prodotti e le confezioni sono descritte nell'allegato B, ove per il lotto 2B viene richiesto, tra l'altro, "apporto in calorie non proteiche da lipidi $> 0 = 40\%$ ".

Per cui tale apporto, secondo la disciplina di gara non può essere inferiore al 40%, con conseguente inidoneità ex se del prodotto in contestazione (pari al 38,6 % secondo l'Azienda o al 38,46% secondo le appellanti), in mancanza della previsione, nella disciplina di gara, dell'ammissibilità di un modesto scostamento dalla relativa percentuale.

Ciò è confermato dalla disciplina sui criteri di valutazione della qualità che tiene conto delle "*caratteristiche tecniche qualitative di funzionalità del prodotto che pur rientrando nelle caratteristiche generali stabilite possono presentare livelli qualitativi differenti*". Tale disciplina presuppone per la

valutabilità del prodotto la presenza delle caratteristiche generali, tra cui “apporto in calorie non proteiche da lipidi > 0 = 40%”.

5.2.2. Con riferimento al lotto 3A, ha carattere assorbente la doglianza di violazione delle regole di gara e del principio della parità di trattamento dei concorrenti in quanto vi è stata l'aggiudicazione a favore della società Baxter (anziché alla ricorrente FKI s.r.l.), nonostante abbia presentato per lo stesso lotto due distinte offerte, ciascuna delle quali con un prodotto diverso, mentre doveva essere esclusa.

La doglianza deve essere condivisa.

Invero, è principio consolidato (rispetto al quale non vi sono ragioni per andare in contrario avviso) quello secondo cui ad un pubblico appalto ogni concorrente deve presentare un'offerta unica (V. ora art. 11, comma 6, D. L.vo 12 aprile 2006 n. 163) in modo da consentire una comparazione delle diverse proposte che veda le diverse imprese partecipanti in posizione di parità. La presentazione di una offerta capace di conseguire l'aggiudicazione, infatti, è il frutto di una attività di elaborazione nella quale l'impresa affronta il rischio di una scelta di ordine tecnico, che la stazione appaltante rimette alle imprese del settore, ma che comporta una obiettiva limitazione delle possibilità di vittoria. La presentazione di una pluralità di offerte o di offerte alternative si risolve, invece, nella opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni, che deve essere garantita a tutte le partecipanti in nome della par condicio, e pertanto deve essere

espressamente prevista nella disciplina di gara (Cfr. le decisioni della Sezione Cons. St. Sez. V, 9 giugno 1998 n. 336 e 7 ottobre 2002 n. 5278; nonché per quanto concerne specificamente gli appalti pubblici di forniture l'art. 20 D. L.vo n 24 luglio 1992 n. 358 e successive modificazioni).

Ciò vale anche per il caso in esame che riguarda una fornitura di prodotti divisa in una pluralità di lotti, potendo ogni concorrente presentare una sola offerta per ciascun lotto anche se in possesso di una pluralità di prodotti idonei, in mancanza di specifica clausola autorizzativa. Anzi, talvolta il problema si è posto anche per la partecipazione della stessa impresa a tutti i lotti in cui è frazionato l'appalto, atteso che l'allegato XII B alla Direttiva 93/38/CEE, al punto 4b, impone alle stazioni appaltanti, nel caso in cui l'appalto è suddiviso in lotti, di indicare nel proprio bando se intendono prevedere la "possibilità di presentare offerte per uno, per più o per l'insieme dei lotti"(Cfr. la decisione di questo Consiglio, sez. VI , 3 novembre 1998 n. 1513).

6. Di conseguenza, limitatamente ai lotti 2B e 3A vanno annullati gli atti in base ai quali la società Baxter è stata ammessa alla gara ed è stata dichiarata aggiudicataria, salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione anche per quanto concerne la verifica dell'idoneità soggettiva della Freserius Kabi s.r.l..

L'annullamento dell'aggiudicazione si ripercuote direttamente sul contratto impedendone l'efficacia, atteso che nella specie è mancata l'autonoma stipulazione del contratto, in quanto secondo

la disciplina di gara (V. pag. 3, 7° capoverso, dell'invito a partecipare alla gara) il verbale di aggiudicazione ha avuto valore di contratto (per la relativa distinzione V. Cass. S. U. 23 aprile 2008 n. 10443).

7. Per quanto considerato, va accolto l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R., va accolto il ricorso originario, mentre va dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della società Baxter.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del T.A.R., accoglie il ricorso originario e dichiara inammissibile il ricorso incidentale della società Baxter.

Spese compensate.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 3 giugno 2008, con l'intervento dei Signori:

Pres. Raffaele Iannotta

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Aniello Cerreto Est.

Cons. Nicola Russo

Cons. Giancarlo Giambartolomei

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto

F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....15/12/08.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi