

Il rito super accelerato per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalla gara al vaglio della giurisprudenza amministrativa

di Daniela Corsetti

Data di pubblicazione: 6-2-2018

Ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. l'onere di impugnazione dell'altrui ammissione è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio"

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4870 del 2017, proposto da Fresenius Kabi Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta n. 142;

contro

ESTAR – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alessandro Lembo in Roma, via G.G. Belli, n. 39;

nei confronti di

B. Braun Milano s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Michele Maria Mancini, dall'Avvocato Andrea Manzi e dall'Avvocato Paolo Caruso, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

Regione Toscana – Soggetto Aggregatore, non costituita in giudizio;

Baxter s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 843 del 21 giugno 2017 del T.A.R. per la Toscana, sez. III, resa tra le parti, che ha escluso l'offerta di Fresenius Kabi Italia s.r.l., odierna appellante, dalla procedura ristretta per la fornitura di soluzioni infusionali di largo impiego, in relazione al lotto n. 281, sublotto c), d), g) ed i).

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'appellato ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e della controinteressata B. Braun Milano s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2018 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, Fresenius Kabi Italia s.r.l., l'Avvocato Giuseppe Franco Ferrari, per ESTAR – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale l'Avvocato Alessandro Lembo, su delega dell'Avvocato Riccardo Farnetani, e per la controinteressata B. Braun Milano s.p.a. l'Avvocato Michele Maria Mancini.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Regione Toscana, mediante la determinazione del Direttore del Dipartimento Acquisizione Beni e Servizi n. 1204 dell'11 ottobre 2016 e avvalendosi dell'odierno appellato ESTAR – Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Regionale (di qui in avanti, per brevità, ESTAR), ha indetto, ai sensi dell'art. 55 del d. lgs. n. 50 del 2016, un Sistema Dinamico di Acquisizione (S.D.A.) per la fornitura di farmaci (specialità medicinali, mezzi di contrasto, soluzioni infusionali, stupefacenti, nutrizione parenterale) vaccini e alimenti per la nutrizione enterale e gli alimenti speciali, occorrenti alle Aziende Sanitarie della Regione, per un importo presunto complessivo di € 5 miliardi (IVA inclusa) e per il periodo di 48 mesi.

1.1. La citata determinazione ha fatto della necessità di svolgere ulteriori gare tra gli ammessi al sistema dinamico per l'affidamento dei contratti di fornitura.

1.2. L'art. 11.2 del capitolato, rubricato "*Caratteristiche tecnico-qualitative per soluzioni infusionali e sostituti del sangue*", ha previsto che *«i flaconi in plastica devono [...] possedere uno spazio libero per consentire l'eventuale aggiunta di farmaci ed avere scale di misurazione leggibili facilmente anche a flacone capovolto, preferibilmente anche con l'indicazione del riferimento dei 50 ml, altrimenti almeno ogni 100 ml»*.

1.3. Il 17 novembre 2016, su richiesta di alcuni partecipanti, la stazione appaltante ha reso dei chiarimenti in merito all'art. 11.2 del capitolato.

1.4. Nei quesiti formulati era stata sottolineata la difficoltà di posizionamento delle scale di misurazione, a causa delle caratteristiche di collabilità proprie dei contenitori in polietilene, ma ciononostante la stazione appaltante così ha risposto: «*Si confermano le indicazioni del Capitolato*».

1.5. Con la determinazione n. 262 del 22 febbraio 2017 è stata indetta la prima gara, sotto forma di procedura ristretta denominata ESTARFAPR01, mediante Sistema Dinamico di Acquisizione (S.D.A.) per la fornitura di farmaci (specialità medicinali, mezzi di contrasto, soluzioni infusionali, stupefacenti), occorrenti alle Aziende Sanitarie della Regione, per un quadro economico complessivo di € 4.959.078.051,81 (IVA esclusa), comprensivo di eventuali variazioni contrattuali e per un importo presunto complessivo a base d'asta di € 3.636.657.23,00 (IVA inclusa), per il periodo di 48 mesi, e contestualmente sono stati approvati gli atti di gara (lettera di invito e scheda di offerta).

1.6. Il criterio di aggiudicazione adottato, risultante dal disciplinare e dalla lettera d'invito, è stato determinato in quello del minor prezzo ai sensi dell'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016.

1.7. La lettera d'invito ha specificato che l'offerta avrebbe dovuto riguardare almeno l'80% delle formulazioni messe a gara per ciascun lotto.

1.8. Il 7 marzo 2017 è stata pubblicata l'aggiudicazione provvisoria in favore di Fresenius Kabi Italia s.r.l., odierna appellante, del lotto n. 281, riguardante "*soluzioni infusionali di largo impiego*", e dei relativi sublotti dalla lettera a) alla lettera j).

1.9. In data 9 marzo 2017 B. Braun Milano s.p.a., ricorrente in primo grado nonché odierna appellata, ha contestato l'aggiudicazione disposta in favore di Fresenius Kabi Italia s.r.l., sottolineando come i flaconi da 500 ml offerti da quest'ultima non fossero dotati della scala di misurazione prevista dal citato art. 11.2 del capitolato.

1.10. In seguito a tale contestazione, la stazione appaltante ha chiesto chiarimenti a Fresenius Kabi Italia s.r.l. che, con la nota del 10 marzo 2017, ha confermato la diversità tra la scala di misurazione riportata sui flaconi offerti e quella prevista dall'art. 11.2 del capitolato.

1.11. Con la determinazione n. 386 del 15 marzo 2017 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore di Fresenius Kabi Italia s.r.l.

1.12. Con la successiva determinazione n. 526 del 31 marzo 2017, il 5% del lotto n. 281 veniva aggiudicato a Baxter s.p.a., in virtù delle caratteristiche esclusive delle sacche offerte da tale società, mentre per il resto è stata confermata l'aggiudicazione in favore di Fresenius Kabi Italia s.r.l.

2. Avverso l'aggiudicazione definitiva e gli altri atti di gara B. Braun Milano s.p.a. ha proposto ricorso avanti al T.A.R. per la Toscana, chiedendo l'annullamento dei suddetti atti e,

conseguentemente, l'esclusione di Fresenius Kabi Italia s.r.l. dalla gara e l'aggiudicazione della stessa in proprio favore, lamentando, in sostanza, la non conformità dei flaconi da 500 ml offerti dalla stessa Fresenius alle specifiche stabilite dall'art. 11.2 del capitolato.

2.1. Si è costituita nel primo grado del giudizio Fresenius Kabi Italia s.r.l., sostenendo la tesi della facoltatività del suddetto requisito ed eccependo la tardività del ricorso proposto da B. Braun Italia s.p.a.

2.2. Si è costituito in giudizio, altresì, anche ESTAR, che ha sostenuto il carattere meramente preferenziale del requisito.

2.3. Con la sentenza n. 843 del 21 giugno 2017 il T.A.R. per la Toscana ha accolto il ricorso di Braun, annullando gli atti impugnati.

3. Avverso tale sentenza Fresenius Kabi Italia s.r.l. ha proposto appello, formulando, conformemente a quanto eccepito in primo grado, due motivi di impugnazione che saranno di seguito esaminati, e chiedendo, previa sospensione, la riforma integrale della decisione.

3.1. Si è costituita B. Braun Milano s.p.a., la quale ha chiesto la reiezione dell'appello, sostanzialmente riproponendo le argomentazioni svolte in primo grado.

3.2. Si è costituito l'appellato ESTAR, aderendo alle osservazioni svolte da Fresenius Kabi Italia s.r.l. e chiedendo la riforma della sentenza impugnata.

3.3. Con l'ordinanza n. 3585 del 1° settembre 2017 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare formulata da Fresenius Kabi Italia s.r.l.

3.4. Infine, nell'udienza pubblica del 16 gennaio 2018, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello di Fresenius Kabi Italia s.r.l. è infondato in entrambi i motivi e deve essere respinto.

4.1. Ritiene il Collegio, secondo l'ordine logico-giuridico delle questioni, di analizzare preliminarmente la questione della tardività del ricorso proposto da B. Braun Milano s.p.a., contenuta nel secondo motivo di appello (pp. 14-16 del ricorso), poiché l'accoglimento di tale censura determinerebbe *in limine litis* l'inammissibilità del ricorso di primo grado.

4.2. A questo proposito, l'appellante deduce che B. Braun Milano s.p.a., avendo notificato il ricorso il 13 aprile 2017, non avrebbe rispettato il termine di decadenza di 30 giorni, sia considerando quale *dies a quo* il giorno 3 febbraio 2017, come già eccepito in primo grado, sia considerando il giorno 7 marzo ovvero il giorno 9 marzo 2017, come precisato nell'atto di appello.

4.3. Il motivo in esame, come premesso, risulta infondato.

4.4. La data del 3 febbraio 2017 si riferisce all'ammissione di Fresenius Kabi Italia s.r.l. al Sistema Dinamico di Acquisizione e, secondo l'appellante, B. Braun Milano s.p.a. avrebbe dovuto impugnare il provvedimento di ammissione entro 30 giorni ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.

4.5. In proposito il Collegio ritiene condivisibili le considerazioni svolte dal T.A.R. per la Toscana, secondo cui, ai sensi della disposizione da ultimo citata, l'onere di impugnazione dell'altrui ammissione è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio".

4.6. Nel caso di specie, ai fini dell'ammissione, le imprese non avevano dovuto presentare alcuna documentazione tecnica e, pertanto, non erano note le caratteristiche dei prodotti offerti da Fresenius Kabi Italia s.r.l. e inoltre, come sottolineato nella memoria difensiva della controinteressata, la stessa Fresenius avrebbe potuto modificare le etichette dei flaconi nelle more dell'indizione della procedura ristretta.

4.7. Né risulta provato, del resto, che B. Braun Milano s.p.a. fosse altrimenti a conoscenza delle caratteristiche tecniche del prodotto offerto da Fresenius Kabi Italia s.r.l.

4.8. La data del 7 marzo 2017, a sua volta, si riferisce alla proposta di aggiudicazione in favore dell'odierna appellante, ma a questo proposito non solo si può rilevare come l'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. vieti di impugnare la proposta di aggiudicazione, assimilabile alla vecchia aggiudicazione provvisoria, ma anche come già prima dell'introduzione di tale disposizione la giurisprudenza considerasse l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria meramente facoltativa (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2016, n.631; Cons. St., sez. V, 25 luglio 2014, n. 3960).

4.8. La data del 9 marzo 2017, infine, è riconducibile alla contestazione effettuata da B. Braun Milano s.p.a. nei confronti dell'aggiudicazione disposta in favore di Fresenius Kabi Italia s.r.l., ma è stata posta in essere solo ipotizzando che la stessa Fresenius avesse offerto i propri flaconi standard, privi della scala di misurazione richiesta dall'art. 11.2 del capitolato, sicché, in ipotesi, questa avrebbe ben potuto offrire un prodotto diverso da quello standard.

4.9. È pertanto solo con la determinazione di aggiudicazione definitiva n. 386 del 15 marzo 2017, alla quale era allegato il verbale del 10 marzo 2017 da cui si evincevano le esatte caratteristiche tecniche dell'offerta di Fresenius Kabi Italia s.r.l., che B. Braun Milano s.p.a. ha avuto una conoscenza certa della difformità del prodotto concretamente offerto dalla stessa Fresenius.

4.9. Ne discende che è solo nel 15 marzo 2017 che deve essere individuato il *dies a quo* per la decorrenza del termine utile alla proposizione del ricorso.

4.10. Per le ragioni esposte, dunque, il ricorso risulta tempestivo e si deve respingere la questione di inammissibilità sollevata dall'appellante con il secondo motivo in esame.

5. Ciò chiarito *in limine litis*, dunque, è ora necessario procedere all'esame del primo motivo di

appello, che censura nel merito le ragioni che hanno indotto il primo giudice a statuire l'esclusione della odierna appellante dalla gara (pp. 4-14 del ricorso).

5.1. Con tale doglianza, infatti, Fresenius Kabi Italia s.r.l. assume l'erroneità della decisione di primo grado, sostenendo che il T.A.R. per la Toscana avrebbe fornito una non corretta interpretazione dell'art. 11.2 del capitolato normativo.

5.2. Il giudice di prime cure, infatti, avrebbe erroneamente qualificato il requisito della scala di misurazione ogni 50 ml o 100 ml, previsto nel citato articolo 11.2, come necessario e non facoltativo, annullando così l'aggiudicazione di Fresenius Kabi Italia s.r.l. per difetto di conformità del prodotto da essa offerto.

5.3. Anche il secondo motivo di appello, come si è premesso, deve essere rigettato.

5.4. Si deve in primo luogo far riferimento al tenore letterale dell'art. 11.2 del capitolato, il quale, sotto la rubrica "*Caratteristiche tecnico-qualitative per soluzioni infusionali e sostituti del sangue*", prevede che *«i flaconi in plastica devono [...] possedere uno spazio libero per consentire l'eventuale aggiunta di farmaci ed avere scale di misurazione leggibili facilmente anche a flacone capovolto, preferibilmente anche con l'indicazione del riferimento dei 50 ml, altrimenti ogni 100 ml»*.

5.5. Nonostante la previsione non appaia perfettamente formulata, l'interpretazione più fedele alla lettera dell'art. 11.2 è quella che riconosce carattere meramente preferenziale soltanto alla scala di misurazione con l'indicazione dei 50 ml, mentre, per converso, l'indicazione dei 100 ml va intesa come requisito necessario del prodotto oggetto della fornitura.

5.6. In tal senso depongono l'utilizzo del verbo "*devono*", espressione della vincolatività dell'art. 11.2, dell'avverbio "*preferibilmente*", riferito esclusivamente all'indicazione dei 50 ml, e dell'espressione "*almeno ogni*", la quale conferma il carattere obbligatorio della sola indicazione ogni 100 ml.

5.7. Non sembrano invero decisive, in senso contrario, le deduzioni formulate da Fresenius Kabi Italia s.r.l. (v., in particolare, anche le osservazioni di cui alla memoria difensiva depositata il 28 dicembre 2017, pp. 4-5), perché l'uso della virgola, certamente non impeccabile sul piano grammaticale, può essere compreso alla luce di una lettura complessiva della frase, prestando soprattutto attenzione alla citata locuzione "*almeno ogni*".

5.8. Ancor meno decisivo sembra essere, poi, l'utilizzo del termine "*scale*" al plurale, in quanto il mancato utilizzo della forma singolare può trovare giustificazione in un normale fenomeno di attrazione linguistica esercitata dal soggetto plurale della frase ("*i flaconi*").

6. L'interpretazione propugnata dall'appellante, inoltre, striderebbe sul piano logico-giuridico con la scelta, adottata dalla stazione appaltante, di aggiudicare la gara mediante il criterio del minor prezzo, in quanto tale criterio non permetterebbe di considerare né favorevolmente né sfavorevolmente la presenza nel prodotto offerto di requisiti meramente preferenziali e facoltativi, sicché l'inserimento nel capitolato di tali requisiti, che l'appellante assume come

eventuali, non troverebbe giustificazione.

6.1. A sostegno dell'interpretazione qui accolta, del resto, depone anche il chiarimento fornito da ESTAR il 17 novembre 2016, mediante il quale sono state confermate, nonostante i dubbi espressi da alcune imprese concorrenti, le indicazioni del capitolato.

6.2. Non appaiono nemmeno condivisibili le considerazioni svolte da Fresenius Kabi Italia s.r.l. sulla collocazione sistematica dell'art. 11.2 del capitolato, in quanto tale collocazione, come correttamente sottolineato anche dalla controinteressata nella propria memoria, consente di affermare la natura vincolante delle prescrizioni contenute in detto articolo.

6.3. Sta di fatto che l'art. 11.2 (*“Caratteristiche tecnico-qualitative per soluzioni infusionali e sostituti del sangue”*) sembra essere strettamente collegato e in perfetta sintonia con gli artt. 11 (*“Requisiti particolari di fornitura e stato obiettivo dei prodotti”*) e 11.1 (*“Requisiti dei prodotti”*) che lo precedono.

6.4. Tali disposizioni, anche alla luce di una attenta lettura del loro contenuto, sembrano costituire un sistema unitario, finalizzato alla individuazione delle caratteristiche essenziali del prodotto oggetto del contratto di fornitura.

6.5. Inoltre, anche un'analisi atomistica dell'art. 11.2 evidenzia l'insostenibilità della tesi propugnata dall'appellante, in quanto tale disposizione contiene un ampio elenco di caratteristiche tecniche, in virtù delle quali *«i flaconi in plastica devono [...] essere in materiale plastico, esente da PVC, rispondente alle caratteristiche descritte in F.U. [Farmacopea Ufficiale] vigente [...] essere impermeabili all'aria ed al vapore acqueo, resistenti alla trazione ed alla pressione [...] possedere un tappo in materiale elastomerico protetto sino al momento dell'utilizzo [...] essere esenti da lattice [...]»*.

6.6. È evidente come tali caratteristiche, contenute anch'esse, si ribadisce, nell'art. 11.2, siano senza dubbio essenziali e che sarebbe ingiustificato, anche considerando gli altri elementi precedentemente evidenziati, ritenere che soltanto il riferimento alle scale di misurazione abbia natura meramente preferenziale e non cogente.

6.8. A questo proposito non risulta nemmeno probante il riferimento, da parte dell'appellante, all'ammissione di imprese che abbiano offerto prodotti privi della suddetta scala di misurazione, poiché non è corretto inferire la non obbligatorietà di una prescrizione esclusivamente dalla circostanza che alcune imprese non abbiano rispettato detto requisito e siano state comunque, illegittimamente, ammesse.

6.9. Le considerazioni appena svolte, del resto, sono conformi al consolidato orientamento di questo Consiglio, il quale costantemente ribadisce che le prescrizioni dei bandi hanno carattere inderogabile e vincolano anche l'Amministrazione che, pertanto, non può disattendere tali disposizioni, costituenti la cosiddetta *lex specialis* della gara o del concorso, e, anche nel caso in cui esse siano illegittime, non può disapplicarle (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 1 marzo 2017, n. 963; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2014, n. 3150; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2011, n. 2476).

6.10. Inoltre, con particolare riferimento ai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, che nel caso di specie, come sopra evidenziato, si sono correttamente limitati a chiarire la portata dell'art. 11.2, la giurisprudenza riconosce ad essi una funzione meramente interpretativa e non modificativa delle prescrizioni del bando (cfr., *inter multas*, Cons. St., sez. III, 10 maggio 2017, n. 2172; Cons. St., sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74).

6.11. Per tali ragioni, si ribadisce, l'ammissione di alcune imprese che non abbiano fornito prodotti dotati della scala di misurazione indicata nell'art. 11.2 non può consentire di escludere la natura obbligatoria di detto requisito né di ricavare la sicura legittimità di dette ammissioni, le quali, in ogni caso, non sono oggetto del presente giudizio.

6.12. Ciò che rileva, pertanto, è solamente il contenuto precettivo del più volte richiamato art. 11.2 del capitolato.

7. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, quindi, deve il Collegio ribadire il carattere vincolante dell'art. 11.2 del capitolato, anche nella parte in cui prevede che i flaconi in materiale plastico debbano essere dotati di una scala di misurazione «*almeno ogni 100 ml*».

7.1. È opportuno precisare come tale ricostruzione non si ponga in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale, richiamato dall'appellante, che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale (v., in questo senso, Cons. St., sez. IV, 14 marzo 2016, n. 1015; Cons. St., sez. III, 14 gennaio 2015, n. 58).

7.2. Le citate pronunce, infatti, richiamano tale criterio ermeneutico con riferimento a situazioni di oggettiva incertezza delle clausole del bando, circostanza che, alla luce delle considerazioni svolte, non è ravvisabile nel caso di specie, sicché il principio del *favor participationis* non potrebbe essere utilizzato per modificare surrettiziamente il contenuto dell'art. 11.2 del capitolato.

7.3. Infine, deve qui solo aggiungersi, non è condivisibile anche l'osservazione dell'appellante, secondo cui la mancanza del requisito in esame non determinerebbe l'esclusione, non essendo tale conseguenza espressamente prevista.

7.4. A questo proposito, del resto, si può notare come le specifiche tecniche previste nel bando, tra le quali certamente rientra la scala di misurazione descritta nell'art. 11.2, consentono di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e di individuare, in questo modo, l'oggetto del contratto nella sua essenziale funzione.

7.5. Per tali ragioni la giurisprudenza di questo Consiglio con costanza afferma che «*l'offerta deve essere, infatti, conforme alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire sin dal principio, atteso che difformità, anche parziali, si risolvono in un "aliud pro alio", che giustifica l'esclusione dalla selezione*» (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2011, n. 3877).

7.6. Pertanto, ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'espressa previsione in tal senso,

essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*, che abbiano per l'Amministrazione un *valore essenziale*.

7.7. Inoltre è appena il caso di rilevare come la specifica contenuta nell'art. 11.2 del capitolato, oggetto di contestazione, sia perfettamente conforme alle previsioni degli artt. 68 e 83 del d. lgs. n. 50 del 2016, giacché non comporta restrizioni indebite della concorrenza in questa materia, diversamente da quanto assume l'appellante richiamando a torto le previsioni del d. lgs. n. 219 del 2006, ed è attinente e proporzionata all'oggetto dell'appalto.

7.8. Ne discende che, essendo più del 30% dei flaconi offerti da Fresenius Kabi Italia s.r.l. difformi rispetto alle specifiche prescritte dall'art. 11.2 del capitolato, circostanza, questa, accertata in primo grado e non contestata nel presente grado di appello, l'offerta non è in grado di raggiungere la copertura dell'80% delle formulazioni messe a gara richiesta dalla lettera di invito e correttamente, quindi, il primo giudice ne ha decretato l'espulsione dalla procedura.

8. Alla luce delle considerazioni svolte, l'appello di Fresenius Kabi Italia s.r.l. deve essere integralmente respinto in entrambi i motivi, confermandosi, di conseguenza, la sentenza impugnata, che l'ha esclusa dalla gara, in riferimento al lotto n. 281, per la accertata, e incontestabile, difformità dell'offerta rispetto alle specifiche tecniche di cui all'art. 11.2 del capitolato.

9. Le spese del presente grado di giudizio, attesa, comunque, la complessità tecnica delle questioni esaminate, possono essere interamente compensate tra le parti.

9.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante, stante la sua soccombenza, il contributo unificato previsto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come proposto da Fresenius Kabi Italia s.r.l., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Nota di lettura

La sentenza in commento è l'ultima, in ordine temporale, di una serie di pronunce della giurisprudenza amministrativa aventi ad oggetto il rito super accelerato per impugnare le ammissioni e le esclusioni dalle gare d'appalto previsto dall'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a.

Come è noto, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (il "**Codice**"), non è più possibile aspettare che la gara venga aggiudicata per far valere, tramite ricorso o ricorso incidentale, l'altrui carenza dei requisiti per partecipare alla gara ma occorre farlo da subito, impugnando direttamente l'atto di ammissione alla procedura. Si vuole in tal modo evitare che

l'aggiudicazione - o la gara stessa - possa essere posta nel nulla per un vizio a monte, inerente la valutazione dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti. Per questo non solo si è previsto che le ammissioni alla gara debbano essere immediatamente impugnate ma che il relativo giudizio debba svolgersi in tempi ancor più rapidi di quelli che caratterizzano normalmente il rito in materia di appalti (da qui la denominazione di "rito super accelerato"). Per la medesima ragione, vanno impugnate seguendo le regole del rito super accelerato anche le esclusioni per mancato possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura.

Per far fronte alle suddette esigenze di speditezza il Codice ha previsto che, nel termine di due giorni dalla loro adozione, il committente debba pubblicare sul proprio profilo le ammissioni e le esclusioni dalla gara e che dalla data di pubblicazione (non dalla loro comunicazione) decorra il termine per proporre impugnazione.

Si tratta di un rito che, sin dalla sua entrata in vigore, ha dato origine ad un intenso dibattito giurisprudenziale, essendo molteplici le criticità riconnesse alla sua concreta applicazione.

Si segnalano tra tutte:

(i) l'ammissibilità di impugnare con motivi aggiunti nel giudizio pendente ex art. 120, comma 2 *bis* c.pa. l'aggiudicazione che sopraggiunga in corso di causa, (Tar Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434) nonché della tutela cautelare nel rito super accelerato (Cons. St., sez. V, 23 marzo 2017, n. 1323);

(iii) la (ir)ricevibilità del ricorso proposto direttamente avverso l'ammissione per vizi propri della fase dell'ammissione (Tar Napoli n. 696/2017; Tar Catania, sez. I, 2 marzo 2017, n. 420)

(iv) le conseguenze legate alla mancata pubblicazione delle ammissioni ed esclusioni sul profilo del committente, che porta a "rivivere" la possibilità di dedurre i vizi inerenti la fase di ammissione alla gara impugnando direttamente l'aggiudicazione (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870 , , Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2017, n. 582, Tar Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843 Tar Basilicata, sez I, 13 gennaio 2017, n. 24) con conseguente applicazione del rito appalti ordinario in luogo di quello super accelerato (Tar Bari, sez. III, 5 aprile 2017, n. 340)

(v) le conseguenze, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, dalla presenza di un delegato dell'impresa alla seduta in cui vengono comunicate le ammissioni. Sotto tale profilo, se un parte della giurisprudenza si è espressa per l'irrelevanza di tale circostanza poiché, nel sistema delineato dal legislatore, ciò che rileva ai fini del decorso del termine per impugnare, è solo la pubblicazione sul profilo del committente degli ammessi alla procedura (Tar Lazio, sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379, nello stesso senso Tar Lazio, sez. I *ter*, 18 gennaio 2017, n. 878), altra parte della giurisprudenza è dell'avviso contrario (Tar Puglia n. 1262/2016 Tar Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 394).

La sentenza in commento si aggiunge a quelle che precedono nel delineare l'ambito di operatività del rito in esame.

Il caso è quello di un sistema dinamico di acquisizione ex art. 55 del Codice indetto per la fornitura di farmaci in cui si prevedeva che, esaurita la fase di ammissione al sistema dinamico di acquisizione, per l'affidamento dei contratti di fornitura, sarebbero state indette tra i concorrenti ammessi delle successive procedure ristrette, specificando, per ciascuna di esse *“le caratteristiche tecniche, le quantità, la tipologia dei prodotti da acquistare, il criterio di aggiudicazione nonché la durata della fornitura”*.

L'aggiudicazione della procedura veniva impugnata sul presupposto della diversità delle caratteristiche prodotti forniti dall'aggiudicatario rispetto a quelli previsti dal Capitolato con conseguente impossibilità per lo stesso di essere ammesso alla procedura. L'aggiudicatario eccepiva, tuttavia, la tardività delle censure mosse avverso l'aggiudicazione poiché esse, attenendo al possesso dei requisiti per partecipare alla gara, avrebbero dovuto essere fatte valere, così come previsto dall' art. 120 *bis* c.p.a., nei trenta giorni successivi all'ammissione al sistema dinamico di acquisizione considerato che, indipendentemente dall'indizione delle procedure ristrette a valle, le caratteristiche dei prodotti offerti dall'aggiudicatario erano ben note al ricorrente trattandosi di ditte che si confrontano ordinariamente sul mercato che, pertanto, conoscono nel dettaglio le qualità dei prodotti dell'altra.

Confermando quanto già rilevato dal giudice di primo grado, il Consiglio di Stato ha rilevato che, non essendovi prova della conoscenza, da parte del ricorrente, delle caratteristiche del prodotto offerto dalla controinteressata, il termine per impugnare non poteva iniziare a decorrere dall'ammissione al sistema dinamico di acquisizione dal momento che *“l'onere di impugnazione dell'altrui ammissione senza attendere la conclusione della gara, prevista dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso “al buio”*. Nel caso di specie, ai fini dell'ammissione, le imprese non avevano dovuto presentare alcuna documentazione tecnica e, pertanto, non erano note le caratteristiche dei prodotti offerti tale da determinare la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso.

Nel contesto che precede va, da ultimo, segnalato che il neo rito super accelerato in materia di appalti, che tanto sta facendo discutere in dottrina e giurisprudenza, è stato recentemente rimesso al vaglio della CGUE. In particolare, dopo che il Tar Lazio si era pronunciato sulla compatibilità del rito di cui all'art. 120, co. 2 *bis* del c.p.a. con la disciplina comunitaria (Tar Lazio, sez. III quater, 22 agosto 2017, n. 9379), il Tar Piemonte, con ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018 ha invece rimesso al vaglio della CGUE il rito in esame, mettendone in luce le numerose aporie applicative.

Per citarne solo alcune, non vi è chi non veda come si tratta di un sistema che, nel precludere all'operatore economico di far valere, a conclusione della gara, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità delle altrui ammissioni, finisce per porre in capo al concorrente un onere *“inutile”* nei casi in cui, ad esempio, venga censurata l'ammissione/mancata esclusione di una concorrente che, conclusa la gara, non si riveli poi aggiudicataria ovvero nel diverso caso in cui la stessa ricorrente, a graduatoria definita, si collochi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione.