

Non è causa di esclusione l'omessa allegazione di scheda tecnica del prodotto offerto per la fornitura in assenza di espressa previsione nel bando di gara

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 3-5-2023

Nel caso in cui la lex specialis di una gara di appalto di forniture non contempli una specifica previsione e/o prescrizione al riguardo, non può essere ritenuta illegittima la relativa aggiudicazione per il solo fatto che il concorrente risultato vittorioso abbia omesso di allegare la scheda tecnica del prodotto offerto. Deve escludersi che l'allegazione della scheda tecnica del prodotto rivesta carattere indefettibile, ovvero sia un elemento essenziale dell'offerta, non emergendo indicazioni espresse al riguardo.

La sentenza affronta due aspetti interessanti:

1. il termine di proposizione del ricorso in materia di appalti pubblici in presenza d'istanza di accesso formulata oltre il quindicesimo giorno dalla comunicazione o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione;
2. l'irrilevanza dell'omessa allegazione della scheda tecnica del prodotto oggetto di offerta in assenza d'indicazioni espresse della legge di gara atteso il criterio interpretativo della massima partecipazione alla selezione. Invero, va circoscritta entro limiti di stretta ragionevolezza un'interpretazione diretta a ricavare dalle norme della legge di gara ulteriori requisiti di ammissione "nascosti" o "impliciti", facendo leva sul concetto di "essenzialità", considerato anche che spetta alla sola stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale, delineare in modo palese nella disciplina di gara ciò che riveste natura "essenziale" per la formulazione dell'offerta, tenuto conto delle sue specifiche esigenze e, viceversa, ciò che non rileva come requisito di ammissibilità dell'offerta (in quanto non ne costituisce elemento formale essenziale) e, al limite, potrebbe rilevare in sede di formulazione e gradazione del giudizio tecnico-qualitativo.

Pubblicato il 28/04/2023

N. 02597/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01584/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania****(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1584 del 2023, proposto da Delta Hospital S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Tricamo, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta (AORN di Caserta), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Sorrentino, Antimo D'Alessandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Philips S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Bardelli, Maria Alessandra Bazzani, Francesca Maria Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della delibera di aggiudicazione dell'AORN Caserta del 30 novembre 2022, n. 945, con la quale è stata aggiudicata alla Philips S.p.A. la procedura per la "fornitura semestrale di materiale per estrazione di elettrocateteri di pacemaker e defibrillatori per le esigenze della UOSD Cardiologia Interventistica e delle Emergenze Coronariche";

- della nota di valutazione di conformità delle schede tecniche del 10 novembre 2022;

- ove occorrer possa, della nota protocollo n. 20374/U del 1 luglio 2022, con la quale è stata avviata la procedura di cui sopra;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito;

- nonché, se stipulato, per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il subentro nella fornitura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta (AORN di Caserta) e di Philips S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2023 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- la società Delta Hospital s.r.l. (seconda graduata) contesta la legittimità dell'aggiudicazione del 30.11.2022 in favore di Philips s.p.a. della procedura negoziata per l'affidamento della fornitura semestrale di materiale per estrazione di elettrocateri di pacemaker e defibrillatori per le esigenze della UOSD Cardiologia Interventistica e delle Emergenze Coronariche dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Sant'Anna e San Sebastiano" di Caserta (AORN);

- l'oggetto della fornitura è costituito da un "Sistema per l'estrazione di elettrocateri definitivi mediante energia laser (Laser ad eccimeri Xe Cl 308 nm) composto da: a) Laser Sheat, cannule ad energia laser concave 12 Fr, 14 Fr, 16 Fr capacità di resistenza al kingking – n 4 pz.; b) Mandrino autobloccante e autoespandibile con capacità di espansione lungo tutto il corpo; punta radiopaca e diametro cavitario 0.015 - 0.023, con e senza prolunga distale – n. 8 pz.; c) sistema per la misurazione del lume dell'elettrocatero costituito da un espansore per spirale e due misuratori a perno in acciaio inox – n. 4 pz." (cfr. nota dell'AORN Caserta del 1.7.2022);

- in data 21.12.2022 la società ricorrente presentava istanza di accesso agli atti di gara che veniva negativamente riscontrata dall'amministrazione con pec del 19.1.2023 con cui riferiva che alcun verbale di gara era stato redatto, trattandosi di procedura negoziata sotto-soglia e che le offerte tecniche ed economiche della società aggiudicataria erano state oggetto di pubblicazione con la delibera di aggiudicazione;

- con diffida del 6.2.2023 Delta Hospital insisteva per l'ostensione e proponeva ricorso ex art. 116 c.p.a.; in data 22.2.2023, l'amministrazione produceva la documentazione richiesta;

Considerato che:

- avverso la disposta aggiudicazione insorge la istante con ricorso notificato il 17.3.2023 e depositato il 31.3.2023 assumendo l'illegittimità per violazione e falsa applicazione degli artt. 68 ed 83 del Codice degli appalti pubblici, eccesso di potere per carenza di istruttoria, illegittimità della mancata esclusione della controinteressata per genericità, indeterminatezza, incompletezza dell'offerta;
- in sintesi, secondo la prospettazione attorea, la società Philips s.p.a. avrebbe omesso di presentare la scheda tecnica del dispositivo "laser a eccimeri" dalla quale potessero evincersi le caratteristiche tecniche del generatore offerto, producendo solo quelle relative alla strumentazione accessoria (Laser Sheat, mandrino autobloccante, sistema per la misurazione del lume dell'elettrocaterete);
- evidenzia, inoltre, che l'aggiudicataria non avrebbe in alcun modo specificato il modello, il nome o il codice del prodotto del generatore laser offerto, pur avendo indicato il costo del noleggio (€ 21.000,00) a differenza della ricorrente che avrebbe, invece, puntualmente fornito tali informazioni indispensabili per la valutazione tecnica;
- deduce l'illegittimità della valutazione svolta dai competenti organi dell'amministrazione con cui è stata affermata "l'assoluta conformità delle schede tecniche sia della ditta Delta Hospital (Spectranetics) che della Ditta Philips" in quanto, in tesi, sarebbero state prese in considerazione solo le schede tecniche dei materiali accessori senza analizzare quelle relative ai generatori laser;
- si sono costituite in giudizio AORN e Philips che eccepiscono la tardività del gravame e replicano nel merito alle censure;

Rilevato che alla camera di consiglio del 18.4.2023 fissata per l'esame della domanda cautelare, il Tribunale si è riservato di definire il giudizio nel merito con sentenza in forma semplificata;

Ritenuto, in via preliminare, che coglie nel segno l'eccezione di irricevibilità del ricorso per le ragioni di seguito illustrate:

- secondo l'indirizzo tracciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2020 ed affinato dalla successiva elaborazione giurisprudenziale (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2736/2023, n. 10470/2022 e n. 10696/2022), nella prospettiva di adeguata e proporzionata conciliazione del diritto di difesa del concorrente pregiudicato e della celerità dell'azione amministrativa, l'individuazione del dies a quo del termine di proposizione del ricorso in materia di appalti pubblici risulta così modulata: a) in via di principio, dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016; b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 del D.Lgs. citato, ma solo a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da consentire la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale; c) con "dilazione

temporale", nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti, fino al momento in cui questo è consentito, se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (sempreché, in tal caso, l'istanza di accesso sia tempestivamente proposta nei quindici giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione); d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati;

- a tale proposito, giova anche richiamare l'orientamento prevalente secondo cui: I) se l'istanza di accesso è tempestiva (in quanto proposta, come rilevato dall'Adunanza Plenaria n. 12/2020, entro il termine di 15 giorni decorrenti dalla comunicazione o dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) e parimenti tempestivo è il riscontro ostensivo da parte della stazione appaltante, il termine per impugnare (di 30 giorni) subisce una "corrispondente dilazione temporale" (di 15 giorni): quindi, in definitiva, il ricorso deve essere proposto entro il termine massimo (certo ed obiettivo) di 45 giorni dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione, ovvero dalla sua comunicazione nel caso di richiesta della parte o invio officioso; II) se, per contro, l'istanza di accesso è tardiva (quindi, successiva al quindicesimo giorno dalla comunicazione o pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione) non opera, a favore del ricorrente, la ridetta "dilazione temporale": e ciò in ragione di un bene inteso canone di autoresponsabilità dell'operatore economico che concorre alle gare pubbliche; III) nel caso, invece, di comportamenti ostruzionistici e dilatori imputabili alla stazione appaltante che non dia puntuale riscontro alla tempestiva istanza di accesso, ovvero la evada successivamente al termine di 15 giorni dalla ricezione, il termine per impugnare (trattandosi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso) non inizia a decorrere se non dal momento dell'ostensione della documentazione richiesta sicché, più che di vera e propria "dilazione temporale", in tal caso finisce per operare una autonoma e nuova decorrenza del termine;

- nel caso in esame la fattispecie in contestazione va ascritta alla ipotesi sub c) - "dilazione temporale" del termine di proposizione del ricorso, in ragione della proposizione dell'istanza di accesso agli atti avanzata dalla ricorrente - e sub II), cioè viene in rilievo una richiesta di ostensione tardiva in quanto presentata in data 21.12.2022, quindi oltre il termine di 15 giorni (individuato in via pretoria in virtù del coordinamento effettuato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato tra art. 120, comma 5, del c.p.a. e art. 76, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016), rispetto alla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione del 30.11.2022, adempimento idoneo a far decorrere il termine di impugnazione;

- per inciso, alcun rilievo riveste, ai fini dello scrutinio dell'eccezione in rito, l'accesso infraprocedimentale avanzato in data 15.7.2022 dalla ricorrente prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, negativamente riscontrato in data 20.7.2022 dall'amministrazione ai sensi dell'art. 53, comma 2 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, che differisce l'accesso agli atti "in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione";

- a fronte del tardivo esercizio del diritto di accesso, la ricorrente non può quindi beneficiare della dilazione del termine di gravame di 45 giorni dalla pubblicazione della intervenuta aggiudicazione non potendosi accreditare la diversa ermeneutica che, in tesi, lascerebbe il concorrente arbitro di determinare ad libitum la decorrenza del termine;

- avendo proposto il ricorso in esame solo in data 17.3.2023, a fronte di un provvedimento di aggiudicazione pubblicato il 30.11.2022 e di una istanza di accesso tardivamente presentata il 21.12.2022, il gravame va quindi dichiarato irricevibile ai sensi dell'art. 35, comma 1 lett. a), del c.p.a.;

Considerato, inoltre, che il ricorso è anche infondato nel merito:

- venendo al punto risolutivo del giudizio che, ai sensi dell'art. 74 c.p.a., giustifica la definizione con sentenza in forma semplificata, rileva il Collegio che non ha pregio il principale motivo di gravame che si fonda sulla omessa presentazione, da parte della società aggiudicataria, della scheda tecnica per il sistema laser ad eccimeri (generatore) oggetto della procedura;

- in senso contrario al costruito argomentativo, è sufficiente rilevare che la disciplina di gara non imponeva specifici obblighi circa la presentazione di documenti tecnici, di talché deve escludersi che l'allegazione della scheda tecnica del prodotto rivestisse carattere indefettibile ovvero fosse un elemento essenziale dell'offerta, non emergendo indicazioni espresse al riguardo;

- sul punto, giova rammentare che, in via generale, le indicazioni della legge di gara devono essere chiare, in modo da non poter indurre in errore i partecipanti in merito ai requisiti o elementi dell'offerta richiesti, anche al fine di rispettare il (residuale) criterio interpretativo della massima partecipazione alla selezione; pertanto, va circoscritta entro limiti di stretta ragionevolezza un'interpretazione diretta a ricavare dalle norme della legge di gara ulteriori requisiti di ammissione "nascosti" o "impliciti", facendo leva sul concetto di "essenzialità", considerato anche che spetta alla sola stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale, delineare in modo palese nella disciplina di gara ciò che riveste natura "essenziale" per la formulazione dell'offerta, tenuto conto delle sue specifiche esigenze e, viceversa, ciò che non rileva come requisito di ammissibilità dell'offerta (in quanto non ne costituisce elemento formale essenziale) e, al limite, potrebbe rilevare in sede di formulazione e gradazione del giudizio tecnico-qualitativo;

- non ha pregio il dedotto difetto di istruttoria della valutazione espressa dai responsabili della UO Elettrostimolazione e del Dipartimento Cardiovascolare in data 10.11.2022 (cfr. allegato n. 11 alla delibera di aggiudicazione depositata dalla ricorrente) circa "l'assoluta conformità delle schede tecniche sia della Ditta Delta Hospital...che della Ditta Philips. Entrambe hanno presentato schede tecniche identiche con lo stesso materiale e gli stessi codici...";

- ed invero, per granitico orientamento giurisprudenziale, il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara e dei suoi organi tecnici non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte (nonché l'attribuzione dei punteggi) rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo e, nel caso in esame, non sono stati allegati e documentati concreti profili di irragionevolezza ed illogicità;

- l'esame del provvedimento non consente di accreditare la tesi di parte ricorrente, secondo

cui la valutazione operata avrebbe riguardato le schede tecniche dei materiali accessori e non quelle del generatore laser ad eccimeri; difatti, la formulazione ampia utilizzata dai competenti organi sottintende un esame complessivo dell'offerta tecnica né, si aggiunga, è stato dedotto o comprovato che i dispositivi proposti dall'aggiudicataria non siano corrispondenti alle caratteristiche tecniche richieste dalla stazione appaltante;

- peraltro si è visto che, come emerge dalla nota del 10.11.2022 citata, i prodotti offerti dalla ricorrente sono risultati praticamente coincidenti con quelli proposti da Philips s.p.a., tant'è che l'unico criterio di scelta che ha premiato l'aggiudicataria è stato rappresentato dal prezzo più basso per la fornitura.

In conclusione, il ricorso va rigettato pur potendosi disporre la compensazione delle spese di giudizio in considerazione della particolare natura delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Fabio Maffei, Primo Referendario