

ubblicato il 14/07/2021

N. 08420/2021 REG.PROV.COLL.

N. 04576/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4576 del 2021, proposto da Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, Marco Zotta, Giovanna Ciccioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marco Zotta in Roma, piazza di Spagna, 15;

contro

Azienda Ospedaliera “*Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata*”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Calò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giorgio Calò in Roma, via Savoia, 78;

nei confronti

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari, Gabriele Grande,

con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Lazzaretti in Roma, largo di Torre Argentina 11;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare

- della Deliberazione del Direttore Generale dell'AO San Giovanni n. 77 del 30.3.2021, comunicata in data 2.4.2021, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva a J&J del lotto 7 della “*procedura aperta di carattere comunitario, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 s.m.i., per l'affidamento della fornitura di colle, cere e medicazioni emostatiche*”;
- di tutti i verbali della Commissione di Gara, ivi compresa la proposta di aggiudicazione del lotto 7 a J&J;
- di tutti gli atti della gara indetta dall'AO San Giovanni con Deliberazione del Direttore Generale n. 250 del 19.3.2020, ivi incluso il bando, il disciplinare di gara, l'Elenco Prodotti in Gara, il capitolato speciale e i suoi allegati, con particolare riferimento al lotto 7;
- dei chiarimenti pubblicati sul Sistema Telematico Acquisti Regione Lazio, nella parte in cui dispongono che “*relativamente al lotto n. 7 il calcolo è: prezzo offerto = 1 ml e l'importo annuale = 4000 ml*”;
- della lettera in data 26.6.2020 della AO San Giovanni in risposta alla “*Istanza di modifica e/o annullamento del lotto 7*” della medesima gara inviata da Baxter in data 17.6.2020;
- della rettifica delle regole di gara pubblicata sul Sistema Telematico Acquisti Regione Lazio in data 19.6.2020 nella parte in cui dispone che l'offerta del lotto 7 dovrà essere presentata utilizzando come unità di misura i “*ml anziché pz*”;
- di ogni atto presupposto, conseguente e comunque connesso, ancorché non conosciuto.

nonché

per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto medio tempore stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera “Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata” e di Johnson & Johnson Medical S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2021 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Questi i fatti di causa.

Con bando pubblicato sulla GURI in data 20.5.2020 e sulla GUUE in data 22.5.2020, la AO San Giovanni ha indetto una procedura aperta di carattere comunitario ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento della fornitura “*di colle, cere e medicazioni emostatiche*” della durata di 24 mesi.

La Gara è stata suddivisa in 9 lotti. Ai sensi dell'art. 95, comma 2, del Codice, il criterio di aggiudicazione è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione di 70 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per quella economica.

La documentazione della procedura in esame, ivi incluso il Disciplinare di gara con i relativi allegati, è stata interamente pubblicata on-line ed acquisibile tramite accesso alla Piattaforma Telematica @STELLA, all'interno della quale i concorrenti avrebbero, in seguito, potuto inviare le offerte, in via elettronica, entro il termine del 30 giugno 2020.

Il lotto 7, qui di interesse, ha ad oggetto la fornitura di “*Medicazione sterile a base di gelatina e trombina kit completo per uso chirurgico e applicatore endoscopico*”.

L'Allegato 7 (Elenco prodotti in gara) al Disciplinare di Gara ha indicato quale unità di misura “PZ” (Pezzi), mentre nell'Allegato 1 (Capitolato Tecnico) all'All. 3

(Capitolato Speciale) del Disciplinare di Gara (cfr. all.ti 4, 5 e 5-bis), l'unità di misura indicata è stata quella di "ml" (Millilitri).

In sede di chiarimenti, la stazione appaltante ha precisato che "*relativamente al lotto n. 7 il calcolo è: prezzo offerto = 1 ml e l'importo annuale = 4000 ml*", e che l'unità di misura "PZ" indicata nel citato Allegato 7 (Elenco dei prodotti in gara) doveva, in realtà, intendersi riferita a "ml", e quindi ad un fabbisogno annuale di 4.000 unità / ml.

Hanno presentato la loro offerta per il lotto in esame due società, e segnatamente Baxter e J&J, rispettivamente con "*Floseal*" (5 ml) e "*Surgiflo*" (8 ml).

La Commissione di Gara ha valutato come qualitativamente superiore il prodotto offerto da Baxter, attribuendole il massimo di 70 punti tecnici, contro i 68,75 di J&J. Segnatamente, ha attribuito alla voce "*sostanza attiva*" a Baxter il punteggio pari a 5 ed a J&J il punteggio pari a 3,75).

Per l'offerta economica sono stati invece attribuiti a J&J 30 punti, contro i 7,81 attribuiti a Baxter.

Il risultato finale è dunque: J&J 98,75 punti e Baxter 77,81 punti.

Con Deliberazione del Direttore Generale dell'AO San Giovanni n. 77 del 30.3.2021, comunicata in data 2.4.2021, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a J&J del lotto 7 ed è stata autorizzata "*l'esecuzione anticipata della prestazione, dopo che l'aggiudicazione è divenuta definitiva e prima della stipula del contratto, al fine di assicurare la continuità degli approvvigionamenti dei materiali in oggetto*".

Con il ricorso in esame, notificato il 29 aprile 2021, la Baxter ha chiesto l'annullamento, previa sospensione degli effetti, del provvedimento di aggiudicazione nonché la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto medio tempore stipulato.

A sostegno della propria domanda, ha articolato i motivi di diritto che possono essere sintetizzati come segue:

- con il primo motivo, la ricorrente ha dedotto che il criterio di individuazione della base d'asta – con il prezzo parametrato a “*ml di prodotto*” anziché a singola unità funzionale (a “*pezzo*”) – sarebbe palesemente irragionevole, illogico e arbitrario perché impedirebbe un reale confronto tra prodotti e condurrebbe ad esiti paradossali. Invero, la differenza di prezzo tra le due offerte ricevute sarebbe solamente apparente, atteso che: per coprire il fabbisogno biennale di 8.000 ml J&J metterà a disposizione dell'AO San Giovanni 1.000 kit monouso di Surgiflo (8 ml x 1.000 = 8.000) contro i 1.600 kit monouso di Floseal di Baxter (5 ml x 1.600 = 8.000). Il prezzo offerto da Baxter per unità funzionale di prodotto (ovvero per singolo kit/siringa effettivamente acquistato) sarebbe quindi addirittura più basso.

- con il secondo motivo, sostiene che il criterio per “ml” anziché per “pz” violerebbe i principi di concorrenzialità e massima partecipazione perché in ogni caso avvantaggerebbe indebitamente uno dei due concorrenti in gara, e nel caso di specie quello che ha offerto il prodotto qualitativamente inferiore (come accertato dalla Commissione di Gara) a prezzi unitari più elevati, determinando così un esito di fatto scontato della gara.

- con il terzo motivo, viene censurata la violazione dell'art. 32, comma 5 del Codice in forza del quale “*la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione*”, in quanto la Stazione appaltante non avrebbe rilevato gli esiti paradossali della prospettata aggiudicazione.

- con il quarto motivo, viene dedotto che la Stazione appaltante avrebbe introdotto una modifica essenziale della *lex specialis* – con unità di misura indicata in ML anziché in pezzi ai fini dell'individuazione del fabbisogno e del prezzo a base d'asta – prima con chiarimenti novativi e poi con Rettifica in violazione del principio di pubblicità degli atti di gara e del più generale principio del *contrarius actus*, per di più senza nemmeno prevedere un'estensione dei termini di presentazione delle offerte.

Si è costituita l'amministrazione, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per tardiva impugnazione della *lex specialis* di gara, atteso che BAXTER avrebbe fondando le proprie doglianze, sostanzialmente, sul contenuto della disciplina di gara. Nel merito ha contestato tutto quanto ex adverso dedotto perché infondato in fatto ed in diritto.

Con memoria depositata in data 14 maggio 2021, la controinteressata J&J ha eccepito, in ordine al primo e secondo motivo di ricorso, la tardività della notifica oltre all'insindacabilità delle scelte discrezionali dell'Amministrazione. Ha poi insistito sull'equivalenza dei due prodotti (offerta da Baxter e da J&J) rilevando che *“l'Organo tecnico ha attribuito il medesimo punteggio qualitativo (7 punti) in relazione al parametro di valutazione “rapidità dell'effetto emostatico”*.

All'udienza del 5 luglio 2021 la causa è stata introitata per la decisione.

2. Attesa l'infondatezza nel merito del ricorso in esame, si ritiene di poter prescindere dallo scrutinio dell'eccezione preliminare di tardività della notifica, peraltro *prima facie* non condivisibile in forza dei principi espressi in particolare dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018.

3. Per ragioni logico sistematiche, si procede con lo scrutinio del quarto motivo di ricorso, con il quale l'esponente assume che la Stazione appaltante avrebbe introdotto una modifica essenziale della *lex specialis* – con unità di misura indicata in ML anziché in pezzi ai fini dell'individuazione del fabbisogno e del prezzo a base d'asta – prima con chiarimenti novativi e poi con rettifica in violazione del principio di pubblicità degli atti di gara e del più generale principio del *contrarius actus*.

La censura è destituita di fondamento.

Osserva il Collegio che, per indirizzo giurisprudenziale univoco, ciò che si richiede al fine di poter indentificare un errore materiale e, quindi, procedere legittimamente alla sua rettifica, è che l'espressione erronea sia univocamente riconoscibile come tale, ovvero come frutto di un *“errore ostativo”* intervenuto nella fase della

estrinsecazione formale della volontà. Occorre, in particolare, che esso sia il frutto di una svista che determini una discrasia tra manifestazione della volontà esternata nell'atto e volontà sostanziale dell'autorità emanante, obiettivamente rilevabile dall'atto medesimo e riconoscibile come errore palese secondo un criterio di normalità, senza necessità di ricorrere ad un particolare sforzo valutativo e/o interpretativo, valendo il requisito della riconoscibilità ad escludere l'insorgenza di un affidamento incolpevole del soggetto destinatario dell'atto in ordine alla corrispondenza di quanto dichiarato nell'atto a ciò che risulti effettivamente voluto. Segnatamente, la rettifica di eventuali errori è considerata ammissibile a condizione che non si sostanzi in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la par condicio, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza, con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente.

Orbene, nella fattispecie in esame, l'Allegato 7 (Elenco prodotti in gara) al Disciplinare di Gara indicava quale unità di misura "PZ" (Pezzi), mentre l'Allegato 1 (Capitolato Tecnico) all'All. 3 (Capitolato Speciale) del Disciplinare di Gara precisava che l'unità di misura era quella del "ml" (Millilitro).

In sede di chiarimenti (risposta n. PI037723-20), la stazione appaltante ha precisato che *"relativamente al lotto n. 7 il calcolo è: prezzo offerto = 1ml e l'importo annuale = 4000 ml"*, e che l'unità di misura "PZ" indicata nel citato Allegato 7 (Elenco dei prodotti in gara) doveva, in realtà, intendersi riferita a "ml", e quindi ad un fabbisogno annuale di 4.000 unità / ml.

Successivamente, ha proceduto ad eliminare il refuso in questione dal quale era affetto l'Allegato n. 7 al Disciplinare di gara, ribadendo che per il Lotto in contestazione trova applicazione la *"Unità di misura ML anziché PZ"*.

Ritiene il Collegio che i chiarimenti resi siano privi di qualsiasi portata novativa della legge di gara.

Invero si è trattata di una mera rettifica di carattere materiale con la quale l'Azienda Ospedaliera si è limitata a correggere un evidente refuso formale degli atti di gara, la cui esistenza era comunque chiaramente riconoscibile a tutti i partecipanti alla procedura di gara tramite la semplice lettura di tutte le norme contenute nella *lex specialis*, atteso che l'Allegato 3 al Capitolato Tecnico, nell'individuare le “*caratteristiche tecniche minime*” dei prodotti in gara con riferimento al Lotto n. 7, indicava come unità di misura i “ml” di prodotto e non, quindi, i “PZ” dello stesso.

Peraltro, la funzione dell'Allegato 7 era unicamente quella di stabilire i fabbisogni annuali e biennali di prodotto della Stazione appaltante per ciascun Lotto in gara, e non anche quello di individuare le caratteristiche tecniche di minima dei dispositivi medici da offrire o le loro unità di misura; elementi, questi, fissati in maniera chiara dal Capitolato tecnico.

Inoltre, dividendo “*l'importo annuale a base d'asta IVA esclusa*” individuato per il Lotto in contestazione, pari a € 156.000 per le quantità di fabbisogno stimate dalla Stazione appaltante (4.000 “*UdM*” per l'annualità e 8.000 “*UdM*” per il biennio), si ottiene che il prezzo unitario per unità di misura posto a base d'asta è pari, nella specie, a € 39 (€ 156.000/4.000 “*UdM*”). Orbene, tale importo non può che essere riferito all'unità di misura rappresentata dal “*millilitro*” e non certo al “*pezzo*” - inteso come singolo kit o siringa di prodotto oggetto di acquisizione - atteso che - come ben noto alla ricorrente che è l'attuale fornitrice del dispositivo de quo - il costo per singolo kit di 5 millilitri che sta sostenendo ad oggi il San Giovanni è proprio di € 39 al millilitro.

4. Rilevata la infondatezza della quarta doglianza, si procede con lo scrutinio degli ulteriori tre motivi di ricorso che, per comunanza delle censure, possono essere esaminati congiuntamente.

In estrema sintesi, l'esponente deduce che: il criterio di individuazione della base d'asta - con il prezzo parametrato a “*ml di prodotto*” anziché a singola unità funzionale

(a “pezzi”) – sarebbe palesemente irragionevole, illogico e arbitrario perché impedirebbe un reale confronto tra prodotti e condurrebbe ad esiti paradossali; “la superiorità qualitativa di Floseal su Surgiflo” sarebbe evidente; la gara indetta dall’A.O. San Giovanni sarebbe contraria alla “prassi di settore”, perché “le stazioni appaltanti quantificano sempre il fabbisogno in termini di pezzi e indicano come criterio di aggiudicazione per la fornitura di questi medicinali la singola unità funzionale di prodotto, ossia la siringa” ed ancora perché “questa consolidata prassi, fino ad oggi mai smentita in Italia, è stata inizialmente seguita dalla A.O. San Giovanni anche nella presente gara”.

Osserva il Collegio che, secondo orientamento giurisprudenziale pacifico che questa sezione condivide, le Stazioni appaltanti hanno il potere di fissare nella *lex specialis* parametri di capacità tecnica dei partecipanti e requisiti soggettivi specifici di partecipazione attraverso l'esercizio di un'ampia discrezionalità, fatti salvi i limiti imposti dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali consentono il sindacato giurisdizionale sull'idoneità e adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto. In definitiva, in sede di predisposizione della *lex specialis* di gara d'appalto, l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito (in tal senso, *ex multis*: TAR Roma n. 13049/2020; TAR Palermo n. 2712/2020).

Orbene, le censure proposte dalla Baxter sono argomentate per lo più secondo una interpretazione delle clausole di gara, delle operazioni e delle determinazioni assunte dalla Commissione e dall'Amministrazione volta a imporre una complessiva e del tutto differenziata valutazione di parte, mentre l'Amministrazione e la Commissione

hanno dato invece corretta applicazione a quelle previsioni, testuali e chiare, con valutazioni e determinazioni che, comunque, a ben leggere, risultano nel merito insindacabili perché immuni da evidenti vizi di illogicità e irrazionalità, di difetto di motivazione o di istruttoria, di travisamento dei presupposti e dei fatti.

Le deduzioni della ricorrente impingono nel merito di valutazioni discrezionali effettuate dalla Stazione appaltante, attraverso le quali vorrebbe sovrapporre il proprio giudizio a quello della Commissione. Né ha fornito alcuna prova della abnormità o illogicità delle scelte dell'Amministrazione.

Invero, la ragionevolezza della decisione assunta dalla Stazione appaltante risiede chiaramente nella necessità di consentire agli unici due competitors operanti nel settore merceologico di riferimento di formulare offerte tra loro omogenee e, quindi, comparabili, atteso che la ricorrente e la controinteressata dispongono di confezionamenti del prodotto oggetto di acquisizione con diverso dosaggio: il Floseal di Baxter S.p.A. è disponibile con dosaggio, sia da 5 ml, sia da 10 ml; mentre il Surgiflo di J&J possiede il solo dosaggio da 8ml.

Inoltre, dalla documentazione versata in atti si evince che l'Azienda Sanitaria, su espressa richiesta della propria U.O.C. Farmaceutica, ha ritenuto necessario ed economicamente vantaggioso ricorrere ad un confezionamento meno frazionato dei dispositivi sanitari in discorso, anche al fine di evitare l'inutile spreco di materiale emostatico che si sarebbe certamente determinato con il ricorso all'apertura di più confezioni ovvero a causa di un utilizzo soltanto parziale di quelle marginali.

Ancora, l'Amministrazione ha valutato che la probabilità di un sanguinamento durante un intervento chirurgico, soprattutto in caso di utilizzo della tecnica "a cielo aperto", è molto elevata e che circa il 32-68% dei casi può degenerare in un evento di sanguinamento maggiore. Ha quindi ritenuto che i kit *de quibus*, pure se "monodose" e "monopaziente", tenessero meglio in considerazione gli effettivi fabbisogni e le

effettive esigenze operatorie della struttura ospedaliera e fossero economicamente più convenienti.

Peraltro, la Commissione ha accertato che i due prodotti sono sostanzialmente equivalenti sul piano funzionale, attribuendo un punteggio tecnico pari a 70 a Baxter, contro i 68,75 attribuiti a J&J. L'unica voce in cui la ricorrente ha conseguito una valutazione migliore è quella relativa alla “*sostanza attiva*” (Baxter punti 5 e J&J punti 3,75).

Per l'offerta economica, invece, sono stati attribuiti a J&J 30 punti, contro i 7,81 attribuiti a Baxter, atteso che il prezzo unitario offerto in gara da J&J è pari a € 24,35 per millilitro di prodotto, e, quindi, inferiore a quello proposto da Baxter, pari invece a ben € 38 al millilitro.

Conseguentemente, l'offerta presentata dall'aggiudicataria si è rilevata sicuramente più vantaggiosa per l'Azienda Ospedaliera rispetto a quella della Baxter.

Pertanto devono ritenersi pienamente legittime la procedura de qua, le operazioni di gara e le valutazioni (criteri, punteggi) effettuate e motivate dalla Commissione, che ha sottoposto le offerte e i prodotti a verifica mirata con riguardo specifico anche all'“equivalenza” dei due prodotti.

5. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore delle parti resistenti costituite, che forfetariamente liquida per ciascuna parte in euro 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2021 tenutasi in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 4 D.L. n. 28/2020 e dall'art. 25 D.L. n. 137/2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Ferrazzoli

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO