

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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 920 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Baxter Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Orsoni, Mario Sanino, Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso Giorgio Orsoni in Venezia, Santa Croce, 205;

***contro***

Azienda Ulss N. 4 Alto Vicentino, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Calgaro, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, Via Cavallotti, 22;

***nei confronti di***

Johnson & Johnson Medical S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Mario Zoppellari, Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464;

***per l'annullamento***

della deliberazione del Direttore Generale della ULSS resistente n. 496/2014 del 15.5.2014, nella parte in cui ha aggiudicato alla controinteressata il lotto n. 4 della procedura in economia per la fornitura di "emostatici e colle chirurgiche" e della

relativa comunicazione del 23.5.2014; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 4 Alto Vicentino e di Johnson & Johnson Medical S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Johnson & Johnson Medical Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464;

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 10 dicembre 2014 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura in economia indetta dall'U.L.L.S. 4 "Alto Vicentino" per la fornitura di emostatici e dispositivi per chirurgia e chirurgia mini-invasiva.

La stazione appaltante ha scelto, per l'affidamento della fornitura, per un periodo di 24 mesi, di emostatici e colle chirurgiche, la procedura del cottimo fiduciario, come previsto dall'art. 125, d.lgs. n. 163 del 2006, da aggiudicarsi nei termini dell'offerta più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.lgs 163/2006 e dell'art. 283 del DPR 207/2010.

Al termine della procedura la ricorrente è risultata seconda graduata.

Avverso tale negativa determinazione la predetta ha reagito con il presente ricorso giurisdizionale.

L'Amministrazione intimata, costituita in giudizio, ha contestato puntualmente la fondatezza del ricorso principale e di quello incidentale successivamente avanzato dalla controinteressata.

Infatti, la controinteressata si è costituita in giudizio contestando la fondatezza del gravame e proponendo, come detto, ricorso incidentale, a sostegno del quale ha dedotto, tra l'altro, che la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara in quanto il prodotto da essa offerto (Flo seal), secondo l'IFU (instructions for use) vigente negli Stati Uniti, presenta significative limitazioni nell'impiego chirurgico.

4. Le parti, quindi, hanno ulteriormente illustrato le già ipotizzate censure e deduzioni con nuove memorie e repliche.

5. Alla pubblica udienza del 10 dicembre 2014, previa discussione dei difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il Collegio, deve preliminarmente osservare che le due società : ricorrente e controinteressata, producono, sostanzialmente in regime di duopolio, due prodotti analoghi (rispettivamente: Flo seal la ricorrente; Surgiflo la controinteressata) consistenti in una matrice emostatica formata da gelatina di origine animale e trombina di derivazione umana, con meccanismi d'azione simili.

Mentre, tuttavia, il Surgiflo è stato introdotto in tempi recenti, il Flo seal vanta una più risalente commercializzazione.

Il presente ricorso si inquadra in una querelle tra le due società produttrici che ha già dato luogo ad altri contenziosi, come esposto dalle stesse parti ricorrenti, in relazioni a valutazioni differenti di volta in volta espresse dalle diverse amministrazioni sanitarie, sparse sul territorio nazionale, che hanno bandito gare analoghe, per la fornitura dei dispositivi prodotti dalle due contendenti (cfr., fra tante, le gare bandite da: a) SO.RE.SA. - centrale di committenza della regione

Campania - che ha dato luogo al contenzioso definito con sentenza del T.a.r Napoli, sez. I, n. 3575/2013, confermata da Consiglio di Stato, sez. V, 1401/2014; b) dall'Azienda ospedaliera di Bari, che ha dato luogo al contenzioso definito con sentenza del T.a.r per la Puglia n. 890/2014; c) della gara indetta dall'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento (APSS) e definita con la sentenza n. 237/2014 ), tanto che il Tribunale amministrativo di Trento ha auspicato un diretto intervento della Presidenza del Consiglio per risolvere definitivamente, attraverso la centrale acquisti, la questione.

Con riferimento al merito del ricorso.

Preliminarmente deve essere scrutinato, secondo il recente insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2014, il ricorso incidentale escludente.

La controinteressata, in via incidentale, chiede l'esclusione della ricorrente unicamente nel secondo motivo di ricorso incidentale, risultando le altre censure rivolte a contestare il punteggio attribuito alla ricorrente e le asserite illegittime previsioni del bando.

Così che solo tale secondo motivo di gravame assume prioritaria ragione di scrutinio.

La controinteressata lamenta che il prodotto offerto dalla ricorrente, denominato Floseal, non poteva essere ammesso a gara perché, in buona sostanza, lo stesso non risulta indicato, e quindi utilizzabile, in tutte le branche della chirurgia e, pertanto, la ricorrente doveva essere esclusa.

Il motivo addotto con il ricorso incidentale non può trovare accoglimento.

Nella memoria di costituzione depositata il 10 dicembre 2014, la stazione appaltante, mutuando il parere espresso dalla commissione giudicatrice, ha riconosciuto che “ tutti i prodotti offerti dalle due ditte partecipanti corrispondono

ai requisiti e ai bisogni espressi nel capitolato lato di gara, e sono sovrapponibili nel raggiungimento dell'emostasi...”.

Tale equivalenza farmaceutica dei due prodotti emergerebbe proprio dalle rispettive precauzioni riportate nei rispettivi IFU, sostanzialmente sovrapponibili, ed in particolar modo dall' IFU originale americano.

Pertanto tale censura deve essere respinta.

La questione che invece assume valore dirimente riguarda le censure avanzate dalla ricorrente con il secondo motivo di ricorso e relative alla alterazione del bando in sede di chiarimenti.

Il bando di gara e, segnatamente il capitolato, nell'allegato f), con riferimento al lotto 4) richiedeva : “ gel ad alta vischiosità sterile per emostasi “.

E' evidente che la descrizione del prodotto, nella chiara espressione letterale, comportava l'automatica esclusione di tutti quei prodotti che non avevano le caratteristiche richieste come il prodotto offerto dalla controinteressata che, invece, ha una consistenza granulosa.

La controinteressata, invece di contestare tale pratica escludente con ricorso giurisdizionale, proprio perché l'azienda sanitaria aveva predisposto un bando “fotografia” che, in buona sostanza individuava un solo operatore in grado di fornire il prodotto richiesto, ha preferito attendere gli esiti della gara e reagire con ricorso incidentale per contestare proprio tali aspetti escludenti previsti nella lex specialis.

Né, di contro, risulta dagli atti di gara che la stazione appaltante ha provveduto nei termini di cui all'art. 57, lettera b) del D.lgs 12 aprile 2006, n. 163.

In disparte le considerazioni che sul punto il Collegio si riserva di evidenziare, il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

Infatti, la stazione appaltante, accogliendo il rilievo avanzato dalla controinteressata in sede di chiarimenti, ha statuito che il prodotto, originariamente richiesto solo in gel, potesse essere fornito anche in granuli.

Infatti, con uno dei chiarimenti (R2) resi in data 21.2.2014, la Stazione appaltante ha precisato,

con riferimento al lotto n. 4, che “la descrizione delle caratteristiche del lotto 4 viene così precisata: composto a base di granuli/matrice di gelatina di collagene e trombina”, con conseguente rettifica della descrizione del dispositivo medico in questione, mediante l’adozione di una nuova versione dell’Allegato F.

Tale alterazione della legge di gara non poteva essere disposta in sede di chiarimenti, per cui, nel caso in cui la stazione appaltante si fosse avveduta dell’errore, ovvero avesse cambiato orientamento circa il prodotto richiesto, avrebbe dovuto, secondo una costante, pacifica e nota giurisprudenza, proprio in considerazione della intangibilità della legge di gara e la necessaria interpretazione letterale delle previsioni in essa contenuta, annullare, in sede di autotutela, il bando ed il disciplinare.

Tale evenienza non costituisce solo un adeguamento formale alle regole dei contratti ad evidenza pubblica, ma è intesa a salvaguardare la par condicio dei concorrenti, specialmente di coloro che, ad esempio, non avendo un prodotto con le caratteristiche originariamente richieste, non hanno nemmeno partecipato alla gara, poi illegittimamente alterata.

Con riferimento, invece, alle censure al riguardo espresse dalla controinteressata sulla illegittimità del bando nei termini sopra espressi, il Collegio si limita ad osservare che tali rilievi attenendo ad evenienze immediatamente escludenti del concorrente avrebbero dovute essere contestate immediatamente dopo la pubblicazione del bando nei consueti termini decadenziali propri dei contratti ad evidenza pubblica.

La tardiva reazione giudiziaria sul punto comporta la improcedibilità della relativa censura.

Per tali motivi, il Collegio accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, dichiara l'inefficacia dell'eventuale contratto nelle more stipulato con l'aggiudicatario che esclude dalla gara per aver offerto un prodotto diverso da quello richiesto.

Respinge il ricorso incidentale.

Come richiesto dalla ricorrente, aggiudica la gara, di cui al presente ricorso, a titolo di risarcimento del danno in forma specifica, alla stessa ricorrente nei termini e con le modalità di cui all'offerta avanzata in sede di partecipazione.

Dichiara dell'inefficacia dell'eventuale contratto nelle more stipulato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale.

Aggiudica la gara, di cui al presente ricorso, all'attuale ricorrente nei termini e con le modalità di cui all'offerta avanzata in sede di partecipazione.

Condanna la parte resistente al pagamento delle spese di lite che liquida complessivamente in euro 2.500,00 ( duemilacinquecento), oltre IVA e CPA, nonché alla rifusione del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modifiche.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Enrico Mattei, Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2015

IL SEGRETARIO

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