

Illegittimità dell'esclusione dalla gara per la fornitura di prodotti nel settore sanitario per difformità rispetto alle specifiche tecniche - Mezzo di "prova appropriato" e soccorso istruttorio.

di Giovanni Ranalli, Fabrizio Garzuglia

Data di pubblicazione: 18-11-2016

La Sentenza del Tar Toscana riguarda una procedura concorsuale finalizzata alla sottoscrizione di un accordo quadro per la fornitura alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana di prodotti farmaceutici rispondenti a predeterminate specifiche tecniche stabilite dalla stazione appaltante (Ester).

Una concorrente è stata esclusa poiché il prodotto offerto non sarebbe stato in linea con le specifiche tecniche del prodotto (farmaco conforme ai parametri del Farmacopea Ufficiale Europea rispetto al contenuto dell'IGA). L'esclusione è stata ritenuta illegittima in quanto la S.A. avrebbe dovuto consentire alla concorrente, ricorrendo anche al soccorso istruttorio, di dimostrare mediante la certificazione prodotta dall'impresa esclusa il possesso della specifica richiesta. Ciò in quanto, in base all'art. 68 co. 7 del D.lgs. n. 50 del 2016, la certificazione prodotta poteva costituire "mezzo appropriato" di prova.

(1) *Conforme Cons. Stato Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2273*

Guida alla lettura

La sentenza, sinteticamente motivata, applica alla fattispecie trattata l'art. 68 co. 7 del nuovo Codice degli Appalti Pubblici (D.lgs. n. 50 del 2016), in base al quale: *"Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche"*.

Il Giudice toscano afferma che l'Amministrazione appaltante nel caso di forniture di prodotti per i quali è previsto il rispetto di predeterminate specifiche tecniche è tenuta a valutare la documentazione prodotta dalla concorrente al fine di verificare se è stata fornita la prova con ogni mezzo appropriato dell'equivalenza del prodotto offerto rispetto alle specifiche richieste.

La giurisprudenza amministrativa, già con il vecchio codice, aveva affermato che ai sensi dell'art. 68, c. 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006, non è consentito alle stazioni appaltanti respingere un'offerta per il motivo che i prodotti ed i servizi offerti non sono conformi alle specifiche di riferimento, se nell'offerta stessa è data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche (cfr. Cons. Stato Sez. III, 30-04-2014, n. 2273).

Tuttavia, nella sentenza del Tar viene fatto riferimento anche al soccorso istruttorio e, precisamente, si sostiene che se la certificazione prodotta non è sufficiente a dimostrare l'equivalenza del requisito, l'Amministrazione appaltante "dovrà richiedere ulteriori elementi di conferma".

In conclusione, la decisione appare rilevante poiché si pronuncia su una disposizione normativa, più snella rispetto alla precedente formulazione contenuta nell'art. 68 del D.lgs. n. 163/2006, recante la disciplina sull'ammissione delle offerte ed interpretata in maniera coordinata con l'istituto del soccorso istruttorio.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1311 del 2016, proposto da:

Octapharma Italy S.p.a. rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Rallo C.F. RLLNDR60E29F839Z, Tiziana Merlini C.F. MRLTZN72C71E625D e Francesco Usai C.F. SUAFNC59H20E625G, nel cui studio in Firenze, viale Lavagnini, 47 è elettivamente

domiciliata;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Farnetani C.F. FRNRCR61L22E715V, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Conti 3; Regione Toscana non costituita in giudizio;

nei confronti di

Grifols Italia S.p.a. rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Maria Ferrara C.F. FRRFRC61M24D643X, Sabrina Maria Maiello C.F. MLLSRN82R56C129Q e Ferdinando Pinto C.F. PNTFDN52L16H703R, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pier Francesco Lotito in Firenze, viale dei Mille 18/B;

per l'annullamento:

a) della Determinazione del Direttore di Area Divisione Farmaci, Diagnostici e Dispositivi Medici n. 1003 del 25 agosto 2016, conosciuta in data 2 settembre 2016, recante Approvazione degli Atti di Gara e Aggiudicazione alla Soc. Grifols Italia spa della Gara n. 6/2016 avente ad oggetto la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di specialità occorrenti alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana: Lotto 1 Immunoglobulina umana uso endovenoso, tutti i dosaggi per il periodo 3.10.2016/2.10.2017, per un importo di 8.640.000,00, confermativa altresì dell'esclusione della ricorrente dalla medesima gara, come da Verbali delle sedute del 4 e 5 agosto 2016, come meglio specificato in prosieguo;

b) dell'Allegato "D" alla suddetta Determinazione n. 1003/2016, non conosciuto;

c) dei Verbali di Gara n. 1 del 29.7.2016; n.2 del 4.8.2016 e n. 3 del 5.8.2016, con i relativi Allegati, con particolare riferimento al Verbale n. 3 del 5.8.2016 ed al Verbale Tecnico del 4.8.2016, la cui Griglia Excel allegata riporta per Octapharma Italy la dizione "La ditta viene esclusa dalla procedura per contenuto IgA non conforme a quanto richiesto dal Capitolato di gara", esclusione così confermata dal Verbale n. 3 del 5.8.2016;

d) ove occorra, del Disciplinare di gara (ALL D), laddove la prescrizione contenuta a pag. 1 "Ai fini dell'ammissione alla procedura i prodotti dovranno avere un contenuto di IGA inferiore a 150 MCG/ML" non dovesse intendersi riferita al prodotto da fornire materialmente alle ASL, ma ad altra indicazione formale;

e) della medesima Clausola del Disciplinare (ALL D) contenuta a pag.1 "Ai fini dell'ammissione alla procedura i prodotti dovranno avere un contenuto di IGA inferiore a 150 MCG/ML", in ragione dell'assoluta carenza di giustificazioni tecniche e terapeutiche per una tale limitazione di IGA, che si traduce esclusivamente in una limitazione della concorrenza;

f) del rigetto dell'istanza di autotutela e di ammissione alla gara avanzata dalla ricorrente in

data 6 settembre 2016 di cui all'atto meramente confermativo del 27.9.2016 n. 49628 a firma del Direttore della UOC Farmaci e Diagnosi;

g) con ogni altro atto premesso, commesso e conseguenziale,

nonché per l'annullamento del relativo contratto, ove stipulato, con richiesta di subentro nel caso di ammissione ed aggiudicazione da parte di Octapharma Italy spa.

E per la declaratoria del diritto all'ammissione alla gara indetta da Estar n. 6/2016, come meglio indicata nel corpo del ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Grifols Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2016 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori avv. T. Merlini per la parte ricorrente, avv. R. Farnetani per l'amministrazione resistente e l'avv. M. S. Maiello per la controinteressata;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso:

che la stazione appaltante ha ritagliato i requisiti di ammissione alla gara in funzione di proprie specifiche esigenze restringendo il parametro prescritto dalla Farmacopea Ufficiale Europea con riguardo al contenuto di IGA.

che tale scelta non avrebbe consentito di assumere come elemento certificativo del possesso del requisito relativo al contenuto IGA previsto dal bando la scheda di prodotto AIFA che prevede, in conformità con la Farmacopea europea, un contenuto massimo di IGA di 200 mcg/ml.;

che l'amministrazione ha, invece, erroneamente ritenuto che la che dalla scheda AIFA

potesse indursi la mancanza del requisito prescritto dal bando mentre dalla predetta scheda non poteva desumersi né la assenza né la sussistenza del requisito richiesto (prevedendo essa un valore massimo ma non escludendo un contenuto inferiore di IGA);

che l'Amministrazione, a causa dell'errore di cui sopra, non ha preso in considerazione la certificazione prodotta dall'Impresa che ben poteva costituire "mezzo appropriato" di prova del requisito ai sensi del comma 7 dell'art. 68 del codice dei contratti pubblici e, in caso di dubbio, avrebbe potuto essere integrata attraverso il soccorso istruttorio.

Alla luce dei predetti presupposti il ricorso deve essere accolto.

In esecuzione della sentenza l'Amministrazione ai fini della prova del requisito in discussione dovrà prendere in considerazione la idoneità probatoria della certificazione prodotta in gara dalla ricorrente e, in caso di dubbio, dovrà richiedere ulteriori elementi di conferma.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di esclusione con le conseguenze di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Raffaello Gisondi, Consigliere, Estensore

Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario