

Legittima esclusione dalla procedura di gara in presenza di disciplinare prevedente il possesso della certificazione CE

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 26-10-2019

E' legittima l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nel caso in cui il disciplinare di gara preveda il possesso della certificazione CE a pena di esclusione dei concorrenti.

Guida alla lettura

Con la pronuncia in esame la III Sezione del Consiglio di Stato **analizza la legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in presenza di un disciplinare prevedente il possesso della certificazione CE.**

Nel dettaglio, la società ricorrente affermava che **solo la violazione dei principi che necessariamente devono rispettarsi in ordine all'aggiudicazione e all'esecuzione degli appalti può determinare una legittima esclusione.** Con maggiore dovizia espositiva, il riferimento è al mancato rispetto delle previsioni di gara e dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, nonché dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità.

Alla luce di quanto sopra, dunque, non sarebbe corretta l'esclusione del partecipante in virtù di un disciplinare di gara prevedente una serie di caratteristiche minime generali, tra le quali la compatibilità di taluni sistemi con i criteri comunitari, riscontrata dalla presenza di una formale certificazione CE.

Tenuto conto dei principi innanzi enunciati, in uno a quello di massima partecipazione alla gara, infatti, dovrebbe consentirsi all'impresa partecipare alla gara anche laddove quest'ultima sia in attesa della formale certificazione CE, per legge necessaria esclusivamente al momento della commercializzazione (*rectius* esecuzione del contratto), considerando che la stessa potrebbe utilmente intervenire nella fase che va tra l'aggiudicazione e l'inizio della fornitura.

La predetta **tesi non è però condivisa dal Supremo Consesso amministrativo**, tenuto conto che **con la specifica previsione inserita nel disciplinare di gara la stazione appaltante non ha assunto un comportamento contraddittorio o pregiudizievole e lesivo della posizione giuridica soggettiva dell'appellante.**

L'offerta della società appellante, infatti, risulta inidonea in quanto contraria alla lettera ed alla *ratio* del disciplinare di gara, che prevede espressamente a pena di esclusione la necessità di certificare il possesso del requisito in esame, all'allegato 5, a tutela della salute dei pazienti, bene costituzionalmente garantito e tutelato ex art 32 Cost.

Rileva, in particolare, il difetto del possesso della certificazione CE attestante la possibilità per i pazienti di sottoporsi a successivi esami medici senza limiti derivanti dalle caratteristiche della fornitura offerta, posto che per regola generale la certificazione CE è riferita alla immissione in commercio del prodotto, e quindi alla sua prima introduzione nel mercato europeo, dovendo già essere presente al momento dell'offerta al potenziale acquirente, e che, per altro verso, i principi di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione e di libertà di iniziativa economica e di concorrenza impongono la parità di trattamento fra i concorrenti in gara, e quindi la necessità che tutti i prodotti offerti siano contestualmente valutati secondo le caratteristiche ed i requisiti posseduti ed attestati dall'offerente al medesimo momento di presentazione dell'offerta, ovvero entro il termine previsto per la presentazione delle offerte.

Alla luce di quanto sopra la Corte afferma che, **da un lato, la commercializzazione del prodotto inizia con la sua offerta al potenziale acquirente e, dall'altro, l'offerta deve riguardare prodotti comparabili fra loro e quindi già conformi alle specifiche di gara, fra le quali quella in esame rivestiva un evidente carattere essenziale, riguardando la salute dei pazienti.** Ne discende la legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in presenza di un disciplinare prevedente il possesso della certificazione CE.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2646 del 2019, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gaetano Alfarano, Maria Grazia Lanero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gaetano Alfarano in Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

contro

Arca Lombardia - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. non costituita in giudizio:
Regione Lombardia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Catia Gatto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuliano Maria Pompa in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 229;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Boston Scientific S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Uliana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia:

Medtronic Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma

della sentenza -OMISSIS- del 14 gennaio 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. IV, resa tra le parti, sul ricorso avverso l'esclusione dalla gara comunitaria a procedura aperta per la fornitura di pacemaker e defibrillatori e per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2019 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Gaetano Alfarano, Giuliano Maria Pompa su delega di Catia Gatto, Fabio Baglivo su delega di Simone Uliana e Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Una delle imprese partecipanti alla gara indetta da ARCA S.p.A. per la fornitura di pacemaker e defibrillatori appella la sentenza del TAR Lombardia che ha respinto il ricorso contro la sua esclusione dalla gara, motivata dal fatto che i cateteri passivi offerti a corredo dei pacemaker non erano certificati ai fini della sottoposizione dei pazienti a esami di risonanza magnetica. La Regione Lombardia si è costituita in giudizio. In sede di sommaria deliberazione, questa sezione ha respinto la domanda cautelare per la sospensione degli effetti dell'appellata sentenza.

2 - In particolare, -OMISSIS- chiede l'annullamento o la riforma della sentenza del Tar Lombardia, Sez IV, -OMISSIS-/2019, che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia e limitatamente ai lotti 7 e 8, del provvedimento di esclusione dalla

gara comunitaria a procedura aperta “Gara Arca 2016 05 per la fornitura di pacemaker e defibrillatori”, di cui alla comunicazione prot. n. -OMISSIS- del 20 aprile 2018; di tutti i verbali delle sedute di gara e del bando di gara, del disciplinare e dei relativi allegati nonché, ove occorra, delle risposte ai chiarimenti nn. -OMISSIS- e -OMISSIS- forniti dalla Stazione Appaltante, nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ex art. 30 del D.lgs. n. 104/2010 in forma specifica mediante la riammissione in gara della Ricorrente ovvero, in subordine, per equivalente pecuniario da quantificare in corso di causa o in separato giudizio ed inoltre, con motivi aggiunti, per l'annullamento della nota del responsabile unico del procedimento Prot. n. -OMISSIS- del 18 luglio 2018, con la quale ARCA si è pronunciata sull'istanza di annullamento in autotutela del 9 maggio 2018, nonché, ove occorra, dell'allegato verbale -OMISSIS- del 10 luglio 2018 della Commissione Giudicatrice.

3 – Infatti, nel 2016 l'ARCA S.p.A., società controllata dalla Regione Lombardia e svolgente funzione di centrale regionale di committenza, aveva indetto una procedura aperta per la stipulazione di una convenzione avente ad oggetto la fornitura di pacemaker e defibrillatori a favore delle Amministrazioni e degli enti del servizio sanitario regionale, mediante appalto, suddiviso in 24 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e precisamente sulla base di una attribuzione massima di 60 e 40 punti rispettivamente per la qualità e per il prezzo. In particolare, per i lotti n. 7 e n. 8 (“Pacemaker di media fascia DDDR” e “Pacemaker di alta fascia DDDR”). -OMISSIS- aveva partecipato alla gara, ma in sede di valutazione delle offerte tecniche era stata esclusa per il mancato possesso del previsto requisito di partecipazione riferito alla compatibilità dei pazienti rispetto agli esami MRI.

La società -OMISSIS- aveva impugnato l'esclusione ma il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, dopo aver respinto le plurime domande di sospensione dell'efficacia, prima con decreto del Presidente n. -OMISSIS- e poi con ordinanza n. -OMISSIS- (confermata in appello da questa Sezione con ordinanza -OMISSIS--OMISSIS-), ha respinto il ricorso.

Secondo il giudice di prime cure l'offerta presentata da -OMISSIS- non sarebbe stata idonea a garantire al paziente portatore di pacemaker di essere sottoposto all'esame di risonanza magnetica, senza che il campo magnetico generato da quest'ultima potesse interferire con il pacemaker, potendo provocare un pregiudizio grave ed irreparabile in capo al paziente stesso, non essendo possibile spegnere o rimuovendo il pacemaker dal corpo del paziente per un circoscritto lasso di tempo.

Pertanto il TAR, premesso che “Il disciplinare di gara, a sua volta, all'art. 4.2.2 (cfr. il doc. 5 della ricorrente, pag. 33 di 66), dispone che il concorrente debba presentare, a pena di esclusione dalla gara, la documentazione tecnica costituita, fra l'altro, dal “Certificato CE ... in copia conforme all'originale con dichiarazione dell'Ente notificatore” (cfr. la lettera “c” del punto 2 del citato art. 4.2.2)”, concludeva che “in pratica entrambi gli elettocateri – attivi e passivi – devono essere compatibili con la MRI e tale compatibilità deve essere provata mediante l'esibizione della relativa certificazione Ce, da possedere al momento di presentazione delle offerte, a nulla rilevando che al momento stesso il procedimento di rilascio del certificato sia in corso e quindi non ancora concluso.”

4 – Con il proprio appello -OMISSIS- propone le seguenti censure:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 97 della Cost. e dell'art. 3, comma 1, del disciplinare di gara, dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di massima partecipazione, eccesso di potere per errore e travisamento dei presupposti di fatto, manifesta illogicità, contraddittorietà e difetto di istruttoria;
- 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del disciplinare di gara e dell'allegato 5, difetto di motivazione, irragionevolezza;
- 3) Illegittima condanna al pagamento delle spese di lite per un ammontare complessivo di euro 5000 a favore di Arca S.p.a.

5 – Ai fini della decisione, i primi due motivi di appello possono essere trattati congiuntamente.

5.1 - La società -OMISSIS- eccepisce la violazione dei principi che necessariamente devono rispettarsi in ordine all'aggiudicazione e all'esecuzione degli appalti. Infatti, solo il mancato rispetto delle previsioni di gara e dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, nonché dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità, avrebbe consentito ad Arca S.p.A. di escludere, peraltro contraddittoriamente e senza adeguata istruttoria, la società -OMISSIS- dalla gara per i lotti 7 ed 8, in quanto l'allegato 5 del disciplinare di gara prevedeva una serie di caratteristiche minime generali, da possedere a pena di esclusione, fra le quali la "compatibilità del sistema (apparecchiatura + elettrocateri) con MRI, almeno 1,5 T" e la "disponibilità a listino di elettrocateri attivi e passivi perfettamente compatibili con il pacemaker", condizioni queste, che una corretta interpretazione degli atti di gara alla luce del principio di massima partecipazione ed una adeguata istruttoria avrebbero consentito di accertare permettendo all'impresa di partecipare alla gara, in accordo con la prima valutazione positiva della commissione aggiudicatrice e secondo i principi sopra indicati, pur se ancora in attesa della formale certificazione CE, che per legge è necessaria solo al momento della commercializzazione, e che quindi avrebbe potuto utilmente intervenire fra l'aggiudicazione e l'inizio della fornitura, attenendo alla successiva fase dell'esecuzione del contratto.

5.2 – La predetta tesi non può essere condivisa, in quanto la stazione appaltante non ha assunto un comportamento contraddittorio o pregiudizievole e lesivo della posizione giuridica soggettiva dell'appellante, ma durante il procedimento ed a seguito di una adeguata istruttoria ha rettificato una prima erronea interpretazione della legge di gara a favore della corretta esegesi, comportante la legittima ed anzi doverosa esclusione della società -OMISSIS-.

L'offerta della società appellante, infatti, risulta inidonea in quanto contraria alla lettera ed alla ratio del disciplinare di gara, che prevede espressamente a pena di esclusione la necessità di certificare il possesso del requisito in esame, all'allegato 5, a tutela della salute dei pazienti, bene costituzionalmente garantito e tutelato ex art 32 Cost.

5.3 - Rileva, in particolare, il difetto del possesso della certificazione CE attestante la possibilità per i pazienti di sottoporsi a successivi esami medici senza limiti derivanti dalle caratteristiche

della fornitura offerta, posto che per regola generale la certificazione CE è riferita alla immissione in commercio del prodotto, e quindi alla sua prima introduzione nel mercato europeo, dovendo già essere presente al momento dell'offerta al potenziale acquirente, e che, per altro verso, i principi di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione e di libertà di iniziativa economica e di concorrenza impongono la parità di trattamento fra i concorrenti in gara, e quindi la necessità che tutti i prodotti offerti siano contestualmente valutati secondo le caratteristiche ed i requisiti posseduti ed attestati dall'offerente al medesimo momento di presentazione dell'offerta, ovvero entro il termine previsto per la presentazione delle offerte.

Quindi, da un lato, la commercializzazione del prodotto inizia con la sua offerta al potenziale acquirente e, dall'altro, l'offerta deve riguardare prodotti comparabili fra loro e quindi già conformi alle specifiche di gara, fra le quali quella in esame rivestiva un evidente carattere essenziale, riguardando la salute dei pazienti.

5.4 – I primi due motivi di appello risultano pertanto non fondati.

6 – Le pregresse considerazioni precludono, altresì, l'accoglimento del terzo motivo di appello, avente ad oggetto il capo di sentenza che ha correttamente statuito circa le spese di lite secondo il principio della soccombenza, e della domanda di risarcimento del danno conseguito alla disposta esclusione.

7- Conclusivamente, l'appello deve essere respinto. Le spese di lite del presente grado di giudizio seguono a soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, liquidate in Euro 7.000,00 (settemila) oltre ad IVA, CPA ed accessori.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2019.

