

Publicato il 28/03/2024

N. 00333/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00350/2023 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 le Marche

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 350 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

B. Braun Milano S.p.A., in relazione alla procedura CIG 878487977B, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Lara Bonoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Gestione Liquidatoria della Soppressa Asur Marche, rappresentata e difesa dall'avvocato Guido Locasciulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Sanitaria Territoriale di Ancona, non costituito in giudizio;

nei confronti

Nuova Farmec S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Coccia, Francesco Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico di Ancona, Azienda Ospedaliero-Universitaria delle Marche, Ast Pesaro e Urbino, Azienda Sanitaria Territoriale di Ascoli Piceno, Azienda Sanitaria Territoriale di Fermo,

Azienda Sanitaria Unica Regionale Asur Marche - Area Vasta n. 1, Azienda Sanitaria Unica Regionale Asur Marche - Area Vasta n. 2, Area Vasta di Asur Marche 3, Azienda Sanitaria Unica Regionale Asur Marche - Area Vasta n. 4, Azienda Sanitaria Unica Regionale Asur Marche - Area Vasta n. 5, Azienda Sanitaria Unica Regionale Asur Marche, Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord, Azienda Sanitaria Territoriale di Macerata, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della Determina del Commissario Straordinario della AST Ancona n. 948/AST_ AN del 26 giugno 2023 recante “AS indetto da ASUR Marche finalizzato alla conclusione di Accordi Quadro per la fornitura di antisettici e disinfettanti per gli Enti del SSR Marche – revoca parziale determina ASURDG n. 566/2021 e nuova aggiudicazione” nella parte in cui, all'esito della verifica di conformità delle offerte del concorrente primo graduato Nuova Farmec S.r.l., ha aggiudicato il Lotto 22 a favore di tale società, ivi incluso del documento istruttorio alla stessa sotteso;

- della (i) Relazione Tecnica consegnata all'Area Dipartimentale Acquisti e Logistica, assunta al prot. n. 22215 del 20 marzo 2023 dell'AST Ancona, nonché (ii) della successiva Relazione Tecnica assunta al prot. al n. 28410 del 10 maggio 2023, entrambe richiamate nel documento istruttorio allegato alla Determina di cui al punto che precede ed attestanti gli esiti delle determinazioni del Tavolo Tecnico teso ad accertare la conformità dei prodotti offerti dai concorrenti primi in graduatoria, allo stato non note, nonché degli eventuali verbali e/o allegati;
- ove occorrer possa, della Determina del Direttore Generale di ASUR Marche n. 566 in data 4 novembre 2021 recante “AS indetto da ASUR Marche finalizzato alla conclusione di Accordi Quadro per la fornitura di antisettici e disinfettanti per gli Enti del SSR Marche – aggiudicazione” con cui AUSR

Marche ha individuato quale prima classificata del Lotto 22 la società Nuova Farmec S.r.l., nonché dei sottesi verbali;

- ove occorrer possa, della determina del Direttore Generale di ASUR Marche n. 288 del 6 giugno 2019 con cui è stato costituito il gruppo di progettazione della documentazione della procedura di gara di cui ai punti che precedono e della successiva comunicazione del 4 febbraio 2022 con cui ASUR Marche ha comunicato di aver demandato la verifica di conformità dei prodotti offerti con quanto previsto nella documentazione di gara al gruppo di progettazione originariamente costituito con la citata determina;

- ove occorrer possa, di ogni atto costitutivo la lex specialis di gara, ivi inclusi i chiarimenti se e in quanto ritenuti lesivi, nelle parti di cui in esposizione;

- in ogni caso, di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso relativo alla procedura di gara, anche allo stato non noto;

nonché per il risarcimento del danno subito, in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, previo occorrendo annullamento e/o declaratoria di inefficacia e disponibilità all'immediato subentro nell'Accordo Quadro per quanto riguarda il Lotto 22 e dei contratti attuativi del medesimo medio tempore stipulati con gli Enti aderenti, ovvero - in subordine - per equivalente economico.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da B. Braun Milano S.p.A. il 3/10/2023:

per l'annullamento, dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e in particolare:

- della Determina del Commissario Straordinario della AST Ancona n. 948/AST_ AN del 26 giugno 2023 recante "AS indetto da ASUR Marche finalizzato alla conclusione di Accordi Quadro per la fornitura di antisettici e disinfettanti per gli Enti del SSR Marche – revoca parziale determina ASURDG n. 566/2021 e nuova aggiudicazione" nella parte in cui, all'esito della verifica di conformità delle offerte del concorrente primo graduato

Nuova Farmec S.r.l., ha aggiudicato il Lotto 22 a favore di tale società, ivi incluso del documento istruttorio alla stessa sotteso [CIG. 878487977B];

- della, nel frattempo ostesa, (i) Relazione Tecnica consegnata all'Area Dipartimentale Acquisti e Logistica, assunta al prot. n. 22215 del 20 marzo 2023 dell'AST Ancona, nonché (ii) della successiva Relazione Tecnica assunta al prot. al n. 28410 del 10 maggio 2023, entrambe richiamate nel documento istruttorio allegato alla Determina di cui al punto che precede ed attestanti gli esiti delle determinazioni del Tavolo Tecnico teso ad accertare la conformità dei prodotti offerti dai concorrenti primi in graduatoria, nonché dei relativi verbali;
- ove occorrer possa, della Determina del Direttore Generale di ASUR Marche n. 566 in data 4 novembre 2021 recante “AS indetto da ASUR Marche finalizzato alla conclusione di Accordi Quadro per la fornitura di antisettici e disinfettanti per gli Enti del SSR Marche – aggiudicazione” con cui AUSR Marche ha individuato quale prima classificata del Lotto 22 la società Nuova Farmec S.r.l., nonché dei sottesi verbali;
- ove occorrer possa, della determina del Direttore Generale di ASUR Marche n. 288 del 6 giugno 2019 con cui è stato costituito il gruppo di progettazione della documentazione della procedura di gara di cui ai punti che precedono e della successiva comunicazione del 4 febbraio 2022 con cui ASUR Marche ha comunicato di aver demandato la verifica di conformità dei prodotti offerti con quanto previsto nella documentazione di gara al gruppo di progettazione originariamente costituito con la citata determina;
- ove occorrer possa, di ogni atto costitutivo la lex specialis di gara, ivi inclusi i chiarimenti se e in quanto ritenuti lesivi, nelle parti di cui in esposizione;
- in ogni caso, di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso relativo alla procedura di gara, anche allo stato non noto;

nonché

- di ogni eventuale ulteriore provvedimento mediante il quale il prodotto offerto da Nuova Farmec è stato considerato “corrispondente” alle

caratteristiche tecniche stabilite dal Capitolato;
nonché per il risarcimento del danno subito, in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, previa occorrendo annullamento e/o declaratoria di inefficacia e disponibilità all'immediato subentro nell'Accordo Quadro per quanto riguarda il Lotto 22 e dei contratti attuativi del medesimo medio tempore stipulati con gli Enti aderenti, ovvero - in subordine - per equivalente economico

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Gestione Liquidatoria della Soppressa Asur Marche e della Nuova Farmec S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2024 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, la ricorrente impugna la determina del Commissario Straordinario della AST Ancona n. 948/AST_ AN del 26 giugno 2023, con la quale sono stati approvati i risultati delle operazioni di gara con l'individuazione della graduatoria dei concorrenti in base al minor prezzo offerto per l'appalto specifico Lotto 22, avente ad oggetto "Miscela idroalcolica tissotropica pronta all'uso con Etanolo e/o propanolo in concentrazione superiore al 70%, additivi protettivi della cute, denaturanti e gelificanti. Flacone da 1000 ml".

La ricorrente B.Braun Milano S.p.A. (di seguito anche Braun) si è classificata in seconda posizione dopo l'aggiudicataria e odierna controinteressata Nuova Farmec S.r.l. (Farmec),

La ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e approvazione dei risultati, affermando che l'offerta dell'aggiudicataria doveva essere esclusa.

Con il primo motivo del ricorso introduttivo, la ricorrente si duole che l'aggiudicataria avrebbe proposto un prodotto non conforme alle specifiche tecniche e allo stesso oggetto del lotto, con riguardo alla percentuale di etanolo e/o propanolo che doveva essere contenuta nel prodotto offerto. Infatti, sia nel Capitolato Tecnico, sia nel Capitolato d'oneri del Lotto 22 la fornitura viene definita "Miscela idroalcolica tissotropica pronta all'uso con Etanolo e/o propanolo in concentrazione superiore al 70%, additivi protettivi della cute, denaturanti e gelificanti." Al contrario, l'aggiudicataria avrebbe offerto un prodotto con una percentuale di etanolo pari al 70%.

Con gli altri tre motivi del ricorso introduttivo si sostiene la chiarezza della legge di gara sulla necessità di una percentuale superiore 70% (anche in relazione alla previsione dell'aggiudicazione al prezzo più basso), l'irrilevanza della percentuale di etanolo calcolata su volume/volume (dovendo la stessa essere calcolata sul rapporto peso/peso) nonché, con il quarto e ultimo motivo, l'irrilevanza della dichiarazione di equivalenza presentata dall'aggiudicataria.

Con motivi aggiunti in data 23 ottobre 2023, parte ricorrente ha presentato nuove censure a seguito dell'accesso alla relazione tecnica contenente gli esiti delle verifiche di conformità.

Le censure, contenute in ulteriori sei motivi (di cui uno d'illegittimità derivata) si soffermano sulle modalità con cui il e si è espressa sull'equivalenza e sulla conformità del prodotto offerto.

In particolare si contesta la dichiarazione del Tavolo Tecnico per verificare la corrispondenza dei prodotti offerti, istituito per la procedura in esame, per cui il prodotto offerto sarebbe "corrispondente con quanto previsto nella documentazione di gara", sulla base della dichiarazione di equivalenza specificata dall'aggiudicataria in sede di controdeduzioni. Infatti, corrispondenza ed equivalenza non sarebbero possibili in presenza della difformità da un valore numerico richiesto nelle specifiche di gara. Si afferma inoltre che la dichiarazione di equivalenza prodotta dalla Farmec sarebbe

contraddittoria e tautologica, così come la decisione del Tavolo Tecnico di ritenere conforme il prodotto. Ciò a tal punto che la stessa dichiarazione dell'aggiudicataria e la decisione del Tavolo Tecnico sarebbero sostanzialmente in contraddizione tra loro. Si lamenta inoltre che non sarebbe in alcun modo dimostrata l'equivalenza del prodotto, dimostrazione che, ai sensi del Capitolato Tecnico, richiede la presenza di documentazione tecnica ed evidenze specifiche non allegate dall'aggiudicataria. Infine, non sarebbero presenti le motivazioni per le quali sia stato ritenuto "conforme" il prodotto dell'aggiudicataria, dato che tali motivazioni non possono essere espresse nelle memorie difensive (le quali in ogni caso sarebbero insufficienti ed errate).

Si sono costituite la Gestione Liquidatoria della Soppressa Asur Marche e la controinteressata, eccependo la tardività e la carenza di interesse dei ricorsi (dato che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in fase precedente alla conclusione della gara) e resistendo nel merito.

I ricorsi sono stati tratti in decisione nell'udienza pubblica del 22 febbraio 2024.

1 Il Collegio ritiene di non pronunciarsi sull'eccezione di tardività in quanto i ricorsi sono infondati nel merito. Il ricorso e i motivi aggiunti, articolati in ben 10 motivi di ricorso, si concentrano essenzialmente sulla medesima questione: la percentuale di etanolo del prodotto offerto dall'aggiudicataria. La stessa è infatti riportata pari al 70%, mentre la legge di gara e, in particolare, il Capitolato Tecnico, richiedono una percentuale superiore al 70%.

1.1 In primo luogo, non ha pregio l'argomentazione della ricorrente che afferma l'impossibilità di offrire un prodotto equivalente. Si sostiene che, dato che la percentuale superiore al 70% prevista dalla legge di gara è un valore numerico, non sarebbe prevista la possibilità di offrire un prodotto equivalente. Detta argomentazione è rafforzata con la tesi che l'aggiudicazione al prezzo più basso diminuirebbe ulteriormente la possibilità di offrire prodotti equivalenti, a tutela della par condicio tra concorrenti.

1.2 Sul punto, il Collegio ritiene di chiarire che non sono concepibili confusioni tra equivalenza e conformità della fornitura. Il principio di equivalenza è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta; lo stesso presuppone quindi la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante quale 'conformità sostanziale' con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte (Cons. Stato III, 6 settembre 2023 , n. 8189). L'equivalenza quindi va intesa come conformità sostanziale. Ovviamente tale conformità acquista caratteri diversi (e, conseguentemente, diversi livelli di prova e documentazione tecnica a supporto) a seconda dell'entità e della natura dell'eventuale difformità dalle specifiche tecniche a base di gara.

1.3 L'equivalenza è un principio fondamentale in materia di gare pubbliche. Un prodotto di cui viene provata la conformità sostanziale alle specifiche di gara non può essere escluso, pena la violazione di tale principio. Ciò implica come la prova dell'equivalenza non possa che essere elastica. Se, come nel caso in esame il Capitolato prevede che l'equivalenza venga provata tramite specifica documentazione tecnica, in tutta evidenza tale documentazione deve essere funzionale a detta prova. La prova può quindi consistere una lunga relazione tecnica o, semplicemente, risultare dalla semplice scheda tecnica o addirittura dall'etichetta del prodotto. Del resto, per costante giurisprudenza, la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis (tra le tante Cons. Stato III 9 giugno 2022 n. 4721).

1.4 Il Capitolato Tecnico prevede che il concorrente debba allegare alla dichiarazione di equivalenza la “documentazione tecnica e referenze

scientifiche, idonee a dimostrare che le soluzioni proposte ottemperano ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche. Competenti figure tecniche professionali esamineranno l'equivalenza, debitamente documentata, sia sotto il profilo delle prestazioni e dei requisiti funzionali che in riferimento al grado di tutela e sicurezza della salute dei lavoratori degli utenti, requisiti che devono corrispondere o essere migliorativi rispetto a quelli previsti dal capitolato". Detta disposizione deve essere interpretata in base ai già citati principi in materia di equivalenza e, in particolare, ai limitati fini della presente questione, nel senso che debba essere documentato se il prodotto offerto sia o meno sostanzialmente conforme a quanto richiesto dal capitolato.

1.5 Non è quindi in questione la completezza della motivazione della decisione del competente Tavolo Tecnico di considerare equivalente il prodotto ma, più semplicemente, va stabilito se, in base alla documentazione disponibile in sede di gara, sia stata dimostrata la sua conformità funzionale.

1.6 Ne consegue che il contenuto della dichiarazione di equivalenza di Farmec non coincide necessariamente con l'ambito di giudizio della Commissione di gara (o, comunque, dell'organo preposto a verificare la conformità), la quale può ritenere il prodotto conforme anche per ragioni diverse da quelle contenute nella dichiarazione di equivalenza o emerse nell'eventuale istruttoria a seguito di quest'ultima,

2 Nel caso in esame, in data 11 agosto 2022 il Tavolo Tecnico ha comunicato l'esito negativo della verifica di conformità alla Farmec Srl, in quanto il prodotto offerto "non è corrispondente a quanto previsto nella documentazione di gara: il Cap- Tec. Prevede una concentrazione di etanolo e/o propanolo superiore al 70% p.p".

2.1 In sede di controdeduzioni la Farmec ha affermato che la concentrazione di etanolo riportata nella documentazione tecnica fornita garantisce al prodotto perfetto equivalenza per quanto riguarda la destinazione d'uso, cambio di impiego ed efficacia antimicrobica rispetto a un prodotto con concentrazione di etanolo/propanolo superiore al 70% e specificamente a

73,4%, ovvero la concentrazione indicata per il lotto n. 22 nella tabella “valori ammessi” dal capitolato tecnico”.

2.2 Dopo le controdeduzioni, il Tavolo Tecnico ha ritenuto che il prodotto offerto fosse corrispondente con quanto previsto nella documentazione di gara (Relazione Tecnica del 20 marzo 2023).

2.3 Il giudizio è condivisibile. Secondo quanto dedotto dalla stazione appaltante e indicato nell’etichetta, i principi attivi del prodotto Aniosgel-85NPC sono il 70% di etanolo e l’1,74% di denaturazione speciale dell’etanolo con isopropanolo al 2,5%.

2.4 Non c’è alcun motivo (e parte ricorrente non è in grado di indicarlo) per cui la presenza dell’1,74% di denaturazione dell’etanolo, effettuata con isopropanolo, non debba essere ritenuta conforme alla legge di gara (che consente, in ogni caso, di sommare le percentuali di etanolo e propanolo), con il conseguente superamento della percentuale del 70%. Parte ricorrente non quindi è in grado di indicare alcuna motivazione plausibile per contestare l’equivalenza funzionale del prodotto, nel quale l’1,74% di denaturazione dell’etanolo con alcol isopropilico fa pienamente parte, anche in etichetta, dei principi attivi, ed è sommabile al 70% di alcol etilico secondo la legge di gara. Non è infatti convincente la tesi di parte ricorrente per cui denaturanti non sarebbero compresi tra i principi attivi ai sensi della legge di gara (a conferma, l’autorizzazione ministeriale del prodotto prevedrebbe solo il 70% di alcol etilico come principio attivo). La denaturazione dell’etanolo effettuata con isopropanolo è infatti parte del principio attivo (dato che la percentuale superiore al 70% prevede etanolo e/o propanolo), come regolarmente riportato nell’etichetta e anche dell’autorizzazione ministeriale in atti la quale, riporta regolarmente la percentuale di isopropanolo,

2.5 È irrilevante, ad avviso del Collegio, se giudizio della Commissione sia da considerarsi di conformità o di equivalenza, dato che, come più volte riportato l’equivalenza è la conformità funzionale del prodotto. Nel caso in esame, si ripete, non è contestato in maniera efficace che l’1.74% di denaturazione

speciale dell'etanolo con isopropanolo al 2,5% sia computabile nella percentuale di etanolo e/o propanolo previsto dalla legge di gara, la quale appunto prevede, in alternativa, etanolo o propanolo. L'equivalenza del prodotto, dichiarata da Farmec, e confermata dalla Stazione appaltante, prescinde dall'eventuale percentuale errata dichiarata dalla medesima aggiudicataria in sede di controdeduzioni, non richiede ulteriore istruttoria sul punto e supera tutte le censure presenti nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti (in gran parte di carattere formale e non coerenti con i principi più volte ricordati materia di equivalenza), le quali devo essere respinte.

3 Per quanto sopra, il ricorso introduttivo motivi aggiunti sono infondati devo essere respinti.

3.1 Le spese seguono la soccombenza e sono determinate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che si liquidano in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore della Gestione Liquidatoria della Soppressa Asur Marche, e in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore della Nuova Farmec S.r.l.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Renata Emma Ianigro, Presidente

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Ruiu

IL PRESIDENTE
Renata Emma Ianigro

IL SEGRETARIO