

APPALTI - CARATTERISTICHE TECNICHE ESSENZIALI - DIFFORMITA' - ESCLUSIONE - PRESUPPOSTI

Il principio della esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, si applica nei casi in cui la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime. Al contrario, in assenza di tale certezza, prevale l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* oltre che della tassatività delle cause di esclusione.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 3084/2020

Pubblicato il 14/05/2020

N. 03084/2020 REG.PROV.COLL.

N. 09117/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9117 del 2019, proposto da Terumo Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Uliana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro n. 13;

contro

Intercent – Er, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lolli, Aristide Police, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti n. 11; Regione Emilia Romagna - non costituita in giudizio;

nei confronti

Abbott Medical Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scanzano, Elio Leonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Scanzano in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 00814/2019, resa tra le parti, concernente il lotto 12 della procedura aperta indetta da Intercent per la fornitura di dispositivi medici per emodinamica;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent – Er e di Abbott Medical Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Visto l'art. 84 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020;

Relatore nell'udienza del giorno 7 maggio 2020, tenuta in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, co. 6, d.l. n. 18/2020, il Cons. Giovanni Pescatore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. È controverso l'esito della procedura aperta indetta da Intercent-ER per l'affidamento di "DM per emodinamica", con particolare con riguardo al lotto 12, avente ad oggetto la fornitura di "*filo guida angiografico idrofilico*".

Questa la specifica tecnica del dispositivo contenuta nel capitolato di gara: "*Filo guida angiografico con rivestimento polimerico idrofilico, adeguato a superare tortuosità, diversi diametri e diverse tipologie della punta. Tipologia: standard e stiff, atraumatica, antikinking a) lunghezza 150 cm circa b) lunghezza 240 cm circa Devono essere offerte a pena di esclusione tutte le voci: a), b)*"

2. La ricorrente - seconda classificata - ha contestato l'aggiudicazione in favore di Abbott, lamentando la difformità dell'offerta premiata rispetto alla necessità che i dispositivi medici fossero muniti di: *i) fili con più "diametri" e con più "tipologie di punta"; ii) fili guida angiografici di tipologia sia "standard", sia "stiff" (rigido).*

Abbott ha, di contro, proposto: *a) fili con diverse lunghezze ma un unico diametro ("0.035") ed una sola tipologia di punta ("standard angolata a 45°"); b) fili guida con configurazione esclusivamente "standard" e non anche "stiff".*

3. E' pacifico che, poiché nel corso di una procedura endovascolare i dispositivi medici vengono introdotti nell'arteria femorale e da lì sospinti sino all'area da trattare, la varietà di diametri, gradi di supporto e tipologie di punta consente di volta in volta di utilizzare il filo guida angiografico più adatto alle caratteristiche morfologiche del vaso interessato.

Quanto alle guide, esse si differenziano in "*standard*" o "*stiff*" in quanto le prime sono caratterizzate da una minor rigidità e, grazie alla loro maggior "navigabilità", consentono di raggiungere vasi molto distali in maniera atraumatica; di contro, le guide di tipo "*stiff*" o "*halfstiff*", più rigide rispetto alle "*standard*", vengono di norma utilizzate per attraversare vasi con diametri maggiori e/o prossimali e, grazie alla loro maggior capacità di "supporto", per "spingere" i devices interventistici sino alla "zona target", ovvero sino alla lesione sulla quale è necessario intervenire.

4. Il giudice di primo grado ha respinto entrambe le censure articolate nel ricorso della Terumo, ritenendo: *a)* quanto alla prima, di non poter rinvenire indicazioni univoche, nel testo della legge di gara, circa il carattere essenziale a pena di esclusione delle caratteristiche tecniche in questione e ciò in quanto: *a1)* le uniche espresse cause di esclusione sono quelle riferite ai requisiti oggetto di elencazione con le lettere dell'alfabeto (mentre nessuna sanzione espulsiva è prevista anche per i diametri e/o per le diverse tipologie di punta); *a2)* la formula contenuta nel disciplinare di gara si limita a premiare con un maggior punteggio la varietà dei dispositivi offerti; *b)* quanto alla seconda censura, il Tar ha ritenuto che la presenza della congiunzione “e” non introduce il vincolo della necessaria compresenza delle caratteristiche elencate, potendosi essa intendere come una forma descrittiva di tutti i possibili oggetti dell'offerta.

5. Nel presente grado di giudizio, invertendo l'ordine di enunciazione dei motivi del primo grado, la ricorrente torna a sostenere che, essendo le guide “*standard*” diverse da quelle “*stiff*”, la locuzione del capitolato tecnico “*Tipologia: standard e stiff*” non possa che intendersi, sul piano grammaticale e logico-funzionale, come prescrittiva dell'offerta di entrambe le tipologie di guida.

D'altra parte, la specifica del capitolato tecnico di cui qui si controverte risulta perfettamente conforme anche alle previsioni di cui agli artt. 68 e 83 del d. lgs. n. 50 del 2016, oltre che attinente e proporzionata all'oggetto dell'appalto, facilmente reperibile sul mercato e non restrittiva della concorrenza.

Con riguardo al primo motivo del ricorso innanzi al Tar, l'appellante richiama diverse disposizioni del disciplinare (pag. 24) e del capitolato (art. 2) a suo dire comprovanti l'obbligo per i concorrenti di offrire fili guida angiografici con più “*diametri*” e con più “*tipologie di punta*”.

6. Intercent e Abbott si sono entrambe costituite in giudizio, controdeducendo alle allegazioni avversarie e chiedendone la reiezione.

7. A seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a. e di note ex art. 84 comma 5 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, la causa è stata posta in decisione all'udienza pubblica del 7 maggio 2020.

DIRITTO

1. E' controversa l'interpretazione della legge di gara nelle diverse sue disposizioni che specificano i necessari requisiti dei dispositivi medici oggetto della fornitura.

Con argomenti comuni ad entrambe le censure, la parte appellante richiama la necessità di una interpretazione letterale della *lex specialis* e segnala che, pur in difetto di espressa comminatoria, l'esclusione può sortire dalla riscontrata assenza delle caratteristiche tecniche essenziali, come tali desumibili vuoi dal tenore testuale delle prescrizioni del capitolato, vuoi dalle stesse esigenze della pratica operativa alla quale esse fanno riferimento.

2. Il Collegio è dell'avviso che il complesso delle previsioni della legge di gara - non attinte dalla impugnazione di primo grado - legittimamente induca ad intendere le caratteristiche tecniche qui controverse come prive di portata escludente, ovvero, in ultima analisi, come affette da un limite di assenza di univocità che ne suggerisce una interpretazione improntata al *favor participationis*.

2.1. Questi i dati testuali della *lex specialis*.

2.2. Il capitolato speciale all'art. 2 ("*caratteristiche generali dei prodotti?*") prevede che "*... i DM dovranno ... essere conformi alle caratteristiche tecniche richieste, per ogni Lotto, dal presente Capitolato Tecnico*" (pag. 3).

Per il lotto 12, il capitolato specificamente richiede "*Filo guida angiografico con rivestimento polimerico idrofilico, adeguato a superare tortuosità, diversi diametri e diverse tipologie della punta. Tipologia: standard e stiff, atraumatica, antikinking a) lunghezza 150 cm circa b) lunghezza 240 cm circa Devono essere offerte a pena di esclusione tutte le voci: a), b)*" (pag. 6).

2.3. A sua volta, il disciplinare: *i*) contiene una tabella con la descrizione dei singoli lotti, la quale, con riferimento al Lotto 12, riporta l'indicazione generica dell'oggetto della fornitura (*"Filo guida angiografico idrofilico"*) e, quali specifiche, le due lunghezze "150" e "240"; *ii*) dispone che *"Le prove verranno effettuate esclusivamente sui dispositivi che la Commissione avrà giudicato conformi alle caratteristiche previste nel Capitolato Tecnico"* (pag. 24); *iii*) nel definire i criteri di attribuzione del punteggio (pag. 40), fa riferimento alla *"gamma diametri"* e alla *"gamma tipologie della punta"*.

2.4. Esaminando il tenore testuale delle richiamate disposizioni, occorre considerare che:

-- la previsione espressa di esclusione contenuta nel Capitolato è riferita alle sole offerte mancanti delle caratteristiche elencate alle lettere a) e b);

-- la parte appellante non si fa carico di enucleare una plausibile interpretazione di tale comminatoria di esclusione che - facendone salvo l'effetto precettivo (ex art. 1367 c.c.) - risulti compatibile con la sua estensione anche a caratteristiche ulteriori e non esplicitamente connotate da essenzialità *"a pena di esclusione"*;

-- si potrebbe ipotizzare che il capitolato abbia voluto diradare eventuali dubbi sulla necessità di fornire dispositivi di entrambe le lunghezze elencate. Se così fosse, tuttavia, non si spiega perché analoga accortezza chiarificatrice non sia stata usata con riguardo alla elencazione delle due tipologie di guida (*"standard"* e *"stiff"*);

-- nel medesimo senso è di rilievo considerare che il capitolato - nel definire le caratteristiche dei prodotti dei diversi lotti oggetto di gara - solo in taluni casi ha specificato la necessità di alcune varianti a pena di esclusione; mentre altre volte si è limitato ad esprimere una preferenza, lasciando al concorrente la facoltà di scegliere la tipologia di prodotto da offrire (si vedano i lotti 1, 2, 4, 5, 14); ed in altri casi ancora ha esplicitato il carattere escludente solo di alcune delle caratteristiche elencate (come nel caso dei lotti 7, 9, 12, 13). Una sistematica visione del capitolato conferma dunque che i parametri tecnici della fornitura sono

stati dettagliati con un variegato livello di puntualità e di rigore e con una diversa modulazione del connotato di essenzialità, di volta in volta associato a taluni, ma non costantemente a tutti i requisiti elencati;

-- tornando al caso oggetto di causa, occorre rilevare che il Disciplinare di gara contiene una tabella con la descrizione dei singoli lotti, la quale, con riferimento al Lotto 12, individua il prodotto oggetto di fornitura ("*Filo da angiografici idrofilico*") unitamente alle sole due lunghezze richieste a pena di esclusione dal Capitolato. Non è riportata alcun'altra specifica tecnica. Anche questo dato sembra confermare che l'essenzialità dei requisiti tecnici si è condensata nel solo profilo della duplicità delle lunghezze indicate;

-- le caratteristiche ulteriori che la ricorrente sostiene essere "obbligatorie" a pena di esclusione formano al contempo oggetto di valutazione a punteggio in quanto, a fronte della specifica "*diversi diametri*" è previsto l'elemento di valutazione "*gamma diametri*"; ed a fronte della specifica "*diverse tipologie della punta*" è previsto l'elemento di valutazione "*gamma tipologie della punta*";

-- a sua volta, al parametro della rigidità (intercettato dalla caratteristica "*standard e stiff*") fanno riferimento i criteri valutativi delle "*tipologie della punta*" e della "*torsione*" (n. 5), ovvero della "*resistenza all'incurvamento e al piegamento*" (n. 4), sicché è ragionevole ritenere che anche tale caratteristica rilevi ai fini della sola attribuzione del punteggio (v. disciplinare, pag. 40);

-- non è in discussione, d'altra parte, che la formula matematica di assegnazione del punteggio risulti pienamente compatibile con l'offerta di un dispositivo recante una sola delle caratteristiche in oggetto (ad es. un solo diametro); così come è rilevante notare che il *range* di attribuzione del punteggio, riferito ai diversi parametri, parte dal giudizio minimo "*Insufficiente/ non valutabile 0,0*".

Anche sotto questo profilo, la prospettazione riportata nell'atto di appello si rivela non convincente, essendo chiaro che una disciplina di gara che imponesse

inderogabilmente la presenza di una determinata caratteristica tecnica di minima e poi, al contempo, valorizzasse in termini di punteggio la medesima caratteristica (consentendone la presenza o meno), risulterebbe patentemente illogica (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6206/2019).

2.5. Dunque, fermo restando un certo margine di ambiguità della *lex specialis*, l'interpretazione di parte ricorrente sembra la meno coerente con una lettura sistematica delle disposizioni disciplinari nella parte in cui queste prevedono “a pena di esclusione” la sola mancanza delle lunghezze indicate ai punti a) e b); ripropongono identica formulazione nella descrizione dell'oggetto della fornitura contenuta nel disciplinare; e stabiliscono, infine, che i diversi diametri, punte e rigidità siano ammessi a punteggio, attraverso parametri valutativi riferiti alla diverse tipologie di dispositivi ma compatibili con l'assenza della varietà di caratteristiche tecniche elencate.

3. Fermo quanto sin qui esposto, la congiunzione “copulativa” o “aggiuntiva” di cui alla previsione del Capitolato inerente la “*Tipologia: standard e stiff*” si presta ad essere intesa nel senso, letteralmente non rigoroso ma logicamente più plausibile in relazione al quadro interpretativo sin qui tracciato, che consente all'offerente di scegliere la varietà da offrire (quindi, secondo quanto ritenuto dal primo giudice, come “*una semplice descrizione di tutti i possibili oggetti dell'offerta senza implicare la loro necessaria compresenza*”). L'impiego della forma “o”, d'altra parte, avrebbe potuto essere inteso nel senso di una rigida alternatività, ostativa alla formulazione di offerte di dispositivi tipologicamente diversificati e, purtuttavia, apprezzabili e premianti sul piano del punteggio. Questa la ragione che può avere indotto la stazione appaltante a tralasciare l'impiego della forma “disgiuntiva”.

4. Infine, per sostenere la sua tesi la parte appellante richiama la previsione contenuta nella disciplina di gara relativa il Lotto 13 con riferimento alla caratteristica dei diametri, enfatizzando il dato che, mentre in quella sede sono

menzionate due specifiche misure di diametro (e, in particolare, le misure “0.035” - 0.03”), nella disciplina del lotto 12 (cui si riferisce il presente giudizio) si fa riferimento, più genericamente, a “*diversi diametri*”. Il che, a giudizio della ricorrente, confermerebbe che con la più specifica e prescrittiva menzione della tipologia “*standard*” e “*stiff*”, nella disciplina di gara del Lotto 12 si sia inteso imporre, a pena di esclusione, l’obbligo di offrire entrambe i gradi di rigidità delle punte. In altri termini, la puntualità prescrittiva rinvenibile nella specifica relativa alle misure “0.035” - 0.03” sarebbe paragonabile a quella che connota il riferimento alla “*Tipologia: standard e stiff*”.

Il parallelismo, tuttavia, non è fino in fondo persuasivo in quanto, da un lato, estrapolandone solo una parte, lascia impregiudicata l’esatta individuazione dei contenuti tecnici essenziali del lotto 13; e, dall’altro lato, omette di considerare una differenza sostanziale ravvisabile nelle due discipline a confronto, consistente nel fatto che, mentre nel lotto 12 le caratteristiche “*diversi diametri*” e “*standard e stiff*” risultano premiate in termini di punteggio (mediante i parametri valutativi ad esse riferibili e innanzi menzionati); viceversa, analoga corrispondenza non ricorre nella disciplina del Lotto 13, la quale, nel prevedere le suddette due misure di diametro, non premia il dato dell’ampiezza della gamma dei diametri.

5. Affrontando infine la questione interpretativa sotto il diverso ed ulteriore profilo dello scopo ultimo dell’approvvigionamento oggetto di gara, vale la pena considerare che:

-- la fornitura di cui al lotto 12 non risponde a tutti i possibili usi dei fili in emodinamica, tanto è vero che la richiesta dei dispositivi è stata diversificata in una pluralità di lotti (la gara regionale comprende tre lotti di fili guida, 11, 12, e 13), alcuni di questi con specifiche tecniche più mirate;

-- se la stazione appaltante avesse inteso munire il personale medico di dispositivi versatili e diversificati in relazione alle plurime contingenze della

pratica clinica, essa avrebbe dovuto rendere una indicazione dettagliata e tassativa delle varietà di tipologie e misure dei dispositivi utili al caso. La scelta di rimettere alla valutazione discrezionale dell'offerente la selezione dei prodotti da offrire non pare conciliabile con l'intendimento di garantire la disponibilità di uno strumentario completo ed idoneo a fronteggiare la completa casistica medica;

-- in questa prospettiva, l'indicazione "*standard e stiff*" risulta (secondo quanto già affermato dal TAR e non contestato dalla parte appellante) obiettivamente generica e indeterminata, in quanto essa sottende una pluralità di sotto-tipologie di diversa rigidità: dunque, a volerla intendere in senso escludente, si finirebbe per ammettere che la scelta di un requisito essenziale sia stata (del tutto irrazionalmente) rimessa, in ultima analisi, alla libera discrezione del concorrente. Identiche considerazioni si possono estendere al parametro della varietà delle punte e dei diametri.

6. Per concludere, l'assenza di tipizzazione e di specificità dei parametri descrittivi collide con la loro interpretazione come requisiti essenziali a pena di esclusione. È certamente vero, infatti, che la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un "*aliud pro alio*" idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2011, n. 3877).

Tuttavia, questo rigido automatismo, valido anche in assenza di una espressa comminatoria escludente, opera nel solo caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie. Dunque, il principio della esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, non può che valere nei casi in cui la disciplina di gara

prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime (vuoi perché espressamente definite come tali nella disciplina stessa, vuoi perché la descrizione che se ne fa nella disciplina di gara è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta).

Ma ove questa certezza non vi sia, come nel caso di specie, e sussista al contrario un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività – intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità – delle cause di esclusione (v., in questo senso, Cons. Stato, sez. V, n. 1669/2020; Cons. Stato, sez. III, nn. 1577/2019 e 565/2018).

È quindi consentito all'amministrazione, in questi casi, discostarsi da interpretazioni apparentemente letterali ma non tutelanti il legittimo affidamento e la *par condicio* dei partecipanti (cfr. Cons. Stato, sez. III, nn. 389/2019 e 3715/2018).

7. Va infine aggiunto che la legge di gara non è stata fatta direttamente oggetto di impugnazione e che la stazione appaltante ne ha sostenuto una interpretazione compatibile con l'ammissione di Abbott, ritenendo che le utilità cliniche rilevanti ed essenziali nella gamma dei prodotti offerti si concentrino nell'unico requisito delle diverse lunghezze indicate alle lettere a) e b).

8. Per tutto quanto esposto, l'appello va respinto, nella totalità delle deduzioni con esso veicolate.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da 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 parte appellante a rifondere in favore delle parti appellate le spese di lite che liquida, per ciascuna di esse, in complessivi €. 2.000,00 (duemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO