

N. 00403/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00071/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso 71/14, integrato da motivi aggiunti, proposto da Henry Schein Krugg S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistito e difeso dagli avv. ti Stefanelli e Tomasoni, con domicilio eletto presso lo studio della seconda, in Trento, via Grazioli 5;

contro

Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dall'avv. M. Pisoni, con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via Degasperi 79;

nei confronti di

Gerhò S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale,

- del provvedimento di esclusione della società Henry Schein Krugg s.r.l. dai lotti 1, 3, 4, 5,7,9 e 10 della procedura aperta indetta dall'Azienda provinciale per i Servizi sanitari di Trento per l'affidamento della fornitura di prodotti per odontoiatria-traumatologia, del verbale di gara 3 febbraio 2014, nonché della comunicazione 4 febbraio 2014 prot. n. 0019087;

- delle norme di partecipazione nella parte in cui è disposto l'obbligo di sottoscrizione della scheda descrittiva relativa ad ogni singolo prodotto per tutti i lotti cui si partecipa, ed è comminata l'esclusione, in caso di mancata sottoscrizione di ogni scheda tecnica per ciascun prodotto;

e, quanto al ricorso per motivi aggiunti, depositato il 17 aprile 2014:

- della determinazione 11 marzo 2014, n. 325/2014, del direttore della tecnostruttura area tecnica;
 - della comunicazione 13/3/2014 prot. n. 38152/2013 di non aggiudicazione del lotto 1 oltre che d'affidamento dei lotti 3 e 5 alla società Gerhò S.p.A.;
 - di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso ovvero conseguente;
- nonché per il risarcimento del danno sofferto.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, X comma, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2014 il cons. avv. A. Gabbricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

1.1. Va premesso che, ex art. 120, X comma, c.p.a., le sentenze in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, devono essere redatte, di norma, nella forma semplificata di cui all'art. 74 c.p.a.: la presente controversia va decisa in tale forma, riguardando, appunto, la procedura, avviata dall'Azienda provinciale per i servizi sanitari (A.P.S.S.) di Trento, con la determinazione 21 dicembre 2012, n. 2246/2012, per la fornitura di prodotti di odontoiatria-traumatologia, suddivisa in 15 distinti lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 d. lgs. 163/2006.

1.2. Henry Schein Krugg S.r.l. ha partecipato alla procedura in questione limitatamente ai lotti 1, 3, 4, 5, 7, 9 e 10.

Il 13 aprile 2013 le offerte tecniche dei dieci concorrenti furono aperte dalla commissione di gara, e se ne constatò la regolarità, ad eccezione appunto di Krugg, in quanto – si legge nel verbale – all'interno del plico veniva riscontrata “l'assenza delle schede descrittive relative ai prodotti del lotto 1 voci 33-62, del lotto 3 voci 68-69-70-77-78-85-97-107-108-115-126-127-128-129-148-149-150-151-157-162-171-172, del lotto 4 voci 2-3-4-8-14-18-26-31-32-42-43-44, del lotto 5 voci 4-5-15-16-25-29-32-53-54-55-56-57-58-59-60-62-63-97-99, del lotto 7 voci 7-8-22-23-24-26-27-30-31-32-33-34-35-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-51-53-54-64-67-68-69-70, del lotto 9 voci 1-2-11-12-19-40-41-42-43-44-87, del lotto 10 voci 1-2-3-4-6-7-23-24-25-28-29”.

1.3. Secondo lo stesso verbale, il rappresentante della Krugg, presente alla seduta, “ammettendo l'irregolarità riscontrata, rileva la presenza delle schede descrittive mancanti, pur prive di sottoscrizione, all'interno del CD presentato” – il riferimento è alla copia della documentazione su

supporto informatico, che andava inclusa nell'offerta - e "chiede, pertanto, venga concessa la possibilità di integrare le schede mancanti in forma cartacea".

1.4.1. La commissione di gara non accolse la richiesta, poiché, secondo le norme di partecipazione, le schede tecniche cartacee sarebbero dovute essere non solo prodotte, ma altresì timbrate e sottoscritte in originale, per cui le copie non sottoscritte su supporto informatico non avrebbero consentito di procedere a un'integrazione.

1.4.2. Lo stesso organo, tuttavia, non esclude senz'altro la Krugg ma la ammise con riserva, affinché la distinta commissione tecnica giudicatrice accertasse se "l'assenza di schede e relativa sottoscrizione po[tesse] essere eccezionalmente superata da elementi certi già presenti nella documentazione di gara", e diversi dalla copia informatica.

1.4.3. La commissione giudicatrice svolse i suoi lavori nei mesi seguenti, e, sulla specifica questione in esame, con nota 23 gennaio 2014, n. 46073866, comunicò alla stazione appaltante di non aver reperito le schede descrittive mancanti e di non poter procedere senza di esse.

1.4.4. Così, quando, il seguente 3 febbraio 2014, si svolse la terza seduta pubblica della commissione di gara, questa dispose definitivamente l'esclusione della Krugg da tutti i lotti, alla presenza di un suo rappresentante, per la riscontrata mancanza delle schede descrittive, "come confermato dal sopra menzionato parere della Commissione giudicatrice, in quanto trattandosi di elementi essenziali totalmente mancanti e dunque non producibili successivamente al termine di presentazione delle offerte".

1.5.1. Il seguente 24 febbraio 2014 la commissione procedette all'aggiudicazione provvisoria dei lotti, mentre quella definitiva intervenne con la determinazione dirigenziale 11 marzo 2014, n. 325.

1.5.2. L'esclusione dalla procedura è stata impugnata da Krugg con il ricorso notificato il 5 marzo 2014, mentre, con i successivi motivi aggiunti, notificati all'A.P.S.S. il giorno 11 aprile 2014, la stessa Krugg ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione a Gerhò S.p.A. dei lotti 3 e 5, e del provvedimento che, per il lotto 1, ha dichiarato deserta l'asta e disposto di non aggiudicarlo.

1.5.3. Si è costituita in giudizio la resistente Azienda sanitaria, concludendo per la reiezione del ricorso principale e dei motivi aggiunti; non si è viceversa costituita, seppure ritualmente intimata, la controinteressata Gerhò.

2.1. I motivi aggiunti prendono in considerazione soltanto le aggiudicazioni dei lotti 1, 3 e 5, tra quelli per cui la Krugg aveva originariamente presentato la domanda, e l'Amministrazione resistente eccepisce che si deve pertanto intendere venuto meno l'interesse al ricorso principale, quanto ai restanti lotti 4, 7, 9 e 10.

Si può peraltro prescindere dall'approfondimento di tale profilo d'improcedibilità, pur evidentemente fondato, poiché come si vedrà, l'esclusione della Krugg dalla procedura era stata legittimamente disposta per tutti i lotti.

2.2.1. La prima censura è rubricata nella violazione dell'art. 73, IV comma, in combinato disposto con l'art. 46, comma 1 bis del d. lgs. 163/2006, e nell'eccesso di potere per irrazionalità manifesta.

2.2.2. Le norme di partecipazione alla procedura prevedono che, per ogni prodotto incluso in ciascun lotto, sia allegata una scheda descrittiva – secondo il modello allegato alle norme di partecipazione – "timbrata con timbro della ditta e firma del sottoscrittore".

Inoltre, seguita la stessa disposizione, “In quanto la sottoscrizione dell'offerta tecnica è da considerarsi requisito essenziale dell'offerta, la mancanza di sottoscrizione in originale della/e scheda/e descrittiva/e del prodotto/i comporta l'esclusione della procedura di gara (determinazione AVCP n. 4 del 10.10.2012)”: e su tale fondamento è stata infine disposta l'esclusione della Krugg.

2.2.3. La seconda parte della prescrizione è peraltro censurata dalla ricorrente, secondo cui la compilazione delle schede descrittive non potrebbe essere legittimamente imposta a pena d'esclusione.

2.2.4. Invero, il ripetuto art. 73, IV comma del d. lgs. 163/2006 prevede che “La prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena d'esclusione”; a sua volta, l'art. 46, comma 1 bis stabilisce che la stazione appaltante “esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali” ovvero per violazione “del principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

2.2.5. Ebbene, secondo la ricorrente, la disposizione contenuta nelle norme di partecipazione, e su cui si fonda l'esclusione di Krugg, contrasterebbe appunto con tali previsioni, e sarebbe dunque nulla: sicché l'esclusione a sua volta sarebbe illegittima.

2.3.1. La censura è infondata.

È ben vero che il legislatore ha espressamente vietato l'obbligatorietà di specifici moduli, per la corretta formulazione dell'offerta di gara: ma, in specie, il motivo di esclusione è che la Krugg, omettendo di depositare le schede tecniche cartacee sottoscritte, non ha assolutamente fornito gli elementi dell'offerta tecnica che in esse erano ordinatamente individuati (descrizione e denominazione commerciale del prodotto; produttore; fornitore; certificazioni tecniche; gamma disponibile; presenza di lattice o PVC; indicazioni e precauzioni d'uso e così via).

2.3.2. Il significato dell'art. 73, IV comma, non è certamente quello di esonerare il concorrente dal fornire le dichiarazioni richieste dal bando (il II comma dello stesso art. 73, afferma, del resto, che le domande di partecipazione “contengono gli elementi prescritti dal bando”), ma di consentire che vengano fornite con modalità formalmente e sostanzialmente equipollenti a quelli indicati dal bando.

2.3.3. Proprio in asserita osservanza di tale principio, d'altronde, la commissione di gara aveva ammesso con riserva la ricorrente, affinché la commissione tecnica potesse accertare se gli elementi dell'offerta tecnica, contenuti nelle schede descrittive, erano comunque presenti nelle offerte tecniche sottoscritte: ciò che è stato viceversa escluso.

3.1. Di quest'ultima questione si occupa il secondo motivo di ricorso, intitolato alla violazione dell'art. 5 del D.M. Salute 21 dicembre 2009, nonché dell'art. 18, II comma, della l. 241/1990, e, ancora, nell'eccesso di potere per irrazionalità manifesta.

3.2.1. La ricorrente fa presente che la stazione appaltante, comunicando le sue determinazioni in fase precontenziosa, ex art. 243 bis del d. lgs. 163/2006, ha sostenuto che, per essere ammessi alla gara, era necessaria la compilazione, se non della scheda descrittiva, almeno di un documento a quella assimilabile, il quale fornisse le informazioni richieste.

3.2.2. Krugg oppone, anzitutto, come essa, prima di presentare l'offerta, avesse formulato apposito quesito alla stazione appaltante per conoscere se, in considerazione della considerevole quantità di schede descrittive che avrebbe dovuto redigere, fosse possibile compilare - come sarebbe consentito dal citato d.m. 21 dicembre 2009 - solo i primi cinque punti della scheda, incluso il numero univoco di classificazione nazionale del dispositivo (CND) medico, attribuito dal Ministero della salute: e la stazione appaltante si sarebbe espressa positivamente (risposta al quesito n. 11).

3.2.3. Tuttavia essa è stata poi esclusa, poiché la commissione non avrebbe rinvenuto le informazioni essenziali relative al prodotto: peraltro, “a confutazione di quanto sopra”, la ricorrente dichiara di allegare “le Schede Descrittive dei prodotti offerti da KRUGG (doc. n. 11), a riprova dell'indicazione, da parte di detta concorrente, di tutti i dati necessari e sufficienti all'Amministrazione Sanitaria per acquisire le informazioni occorrenti dal Repertorio dei Dispositivi Medici”.

3.2.4. Inoltre, seguita la ricorrente, l'Azienda, “qualora si fosse correttamente comportata, ben avrebbe dovuto acquisire direttamente dal repertorio” dei dispositivi medici tutte le informazioni tecniche ritenute necessarie, in conformità al disposto di cui all'art. 18, II comma, della l. 241/1990, per cui i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni”: la carenza d'informazioni tecniche deriverebbe dall'inerzia dell'Amministrazione e non dal concorrente Krugg.

3.2.5. L'Azienda, rileva ancora la ricorrente, sostiene che l'esclusione dipende della mancata firma di ciascuna scheda descrittiva, secondo il disposto delle norme di partecipazione, sopra riprodotto, e che richiama anche la determinazione 10 ottobre 2012, n. 4, della cessata Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

3.2.6. Tale richiamo sarebbe tuttavia inconferente, poiché tale determinazione “prevede infatti che sia firmata l'offerta tecnica in senso stretto, ovvero quel documento con cui il partecipante si impegna, nei confronti dall'Amministrazione procedente, ad una determinata fornitura o servizio, ovvero quell'offerta avente valore convenzionale e non, di certo, le schede tecniche dei prodotti offerti”.

3.2.7. Inoltre, la stessa determinazione affermerebbe come il requisito della sottoscrizione possa ritenersi soddisfatto per il tramite di forme equipollenti, come l'apposizione di una sigla in calce all'offerta.

In specie, nella "busta tecnica", ogni concorrente avrebbe dovuto inserire, per ogni prodotto di ciascun lotto, oltre alla scheda descrittiva fin qui considerata, l'etichetta, la scheda tecnica, il foglietto illustrativo, la scheda di sicurezza e la dichiarazione di conformità, oltre ad un cd o a una chiavetta usb contenente tutta la documentazione tecnica.

Così, secondo la Krugg «non vi è chi non veda come sia ben facile “rinvenire”, in tutta detta produzione documentale, non solo la dimostrazione della “provenienza” dell'offerta ma, altresì, anche la prova dell'esplicita “volontà” negoziale del concorrente».

4.1. Orbene, è intanto evidente come l'ultimo rilievo di parte ricorrente sia assolutamente generico, e ciò di per sé esclude che possa fondare l'annullamento dell'esclusione: soprattutto non viene indicato da quale elemento dell'offerta tecnica si trarrebbe quella forma equipollente della sottoscrizione (richiesta dalle norme di gara), e quale essa sarebbe.

4.2. Tornando alle iniziali critiche contenute nella censura, è intanto opportuno ricordare che, secondo il verbale fidefacente della seconda seduta di gara, svoltasi il 13 aprile 2013, e prima citata, le schede descrittive in formato cartaceo semplicemente non erano contenute nell'offerta tecnica Krugg, e lo stesso rappresentante dell'impresa lo riconobbe: e questa fu, infine, la ragione dell'esclusione, sia pure dopo una verifica ulteriore, disposta non per individuare le schede per tali, ma il loro contenuto, nell'ambito dell'offerta tecnica depositata e sottoscritta.

4.3. È dunque insignificante se la Krugg fosse stata esonerata dalla compilazione di una parte di ciascuna scheda, siccome le stesse non sono state poi accluse all'offerta: le schede cartacee non sottoscritte, depositate in giudizio dalla ricorrente, sono state presumibilmente tratte dal *compact disk* allegato all'offerta, la cui equipollenza alle schede originali era stata però esclusa dall'Amministrazione, come già visto, senza che la questione per tale sia stata riproposta con il ricorso in esame.

4.4. Non è d'altronde dubbio che, in mancanza delle schede cartacee nella busta contenente l'offerta tecnica, la commissione ha giustamente qualificato come incompleta e inammissibile l'offerta stessa, appunto perché tali schede individuano, del prodotto proposto, le caratteristiche salienti: e questo è un dato imprescindibile in una procedura per l'affidamento della fornitura in questione al partecipante la cui offerta sia risultata economicamente più vantaggiosa.

4.5. Non ha, infine, alcuna giustificazione il richiamo all'art. 18 l. 241/1990: le schede, nel caso, non si dovevano limitare a documentare, ma come componente dell'offerta tecnica, dovevano esprimere l'intento di ogni concorrente di offrire quel prodotto, con quelle specifiche caratteristiche tecniche: una manifestazione di volontà estranea all'ambito disciplinato dal ripetuto art. 18.

5.1. La reiezione del ricorso principale conferma la legittimità dell'esclusione di Krugg dalla procedura di gara, e rende dunque improcedibili i motivi aggiunti sui provvedimenti che hanno concluso la procedura, poiché il loro annullamento non attribuirebbe alcun vantaggio alla ricorrente.

Va egualmente respinta, per evidenti ragioni, anche la domanda risarcitoria.

5.2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la regione autonoma del Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio, che liquida in € 6.000,00 per compensi, oltre a i.v.a. e c.p.a. in favore dell'Amministrazione resistente.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio addì 9 ottobre 2014 con l'intervento dei signori magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere, Estensore

Alma Chiettoni, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2014

IL SEGRETARIO

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