

Publicato il 17/02/2021

N. 01038/2021 REG.PROV.COLL.

N. 03165/2020 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3165 del 2020, proposto da Becton Dickinson Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Aorn Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Chiara Di Biase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Icu Medical Europe s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari, Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- del provvedimento del 21 maggio 2020, con cui l'Azienda Ospedaliera di Caserta comunicava l'aggiudicazione del lotto 1 della procedura aperta indetta su Mepa Consip - RDO n. 2459842 e relativa alla “fornitura di dispositivi preparazione per terapie antitumorali” alla Icu Medical Europe s.r.l.;
- del precedente richiamato verbale n. 1 del 15 maggio 2020 con cui la Commissione Giudicatrice in seduta riservata procedeva alla valutazione delle schede tecniche e alla visualizzazione delle campionature presentate dalle concorrenti;
- del verbale n. 4 del 9 luglio 2020, comunicato il successivo 10 luglio 2020, con cui la Commissione Giudicatrice confermava l'idoneità dell'offerta tecnica presentata da Icu Medical ed i relativi punteggi ad essa precedentemente attribuiti, nonché di tutti i verbali, operazioni e determinazioni della Commissione di Gara, oltre ad ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o conseguente, anche non cognito, se e per quanto occorrer possa;
- nonché, in subordine per la condanna al risarcimento dei danni tutti subiti dalla società Becton Dickinson Italia s.p.a. in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione del predetto lotto 1 alla controinteressata ICU MEDICAL, nonché del successivo contratto eventualmente stipulato in forma digitale, da ristorare in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Aorn Caserta e di Icu Medical Europe s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio all'udienza del giorno 11 gennaio 2021, tenuta da remoto con modalità Microsoft teams, e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 8 settembre 2020, la società Becton Dickinson Italia s.p.a. ha impugnato il provvedimento dell'Azienda Ospedaliera di Caserta del 21 maggio 2020, recante l'aggiudicazione in favore della Icu Medical Europe s.r.l. della procedura aperta indetta su Mepa Consip - RDO n. 2459842, limitatamente al lotto 1 avente ad oggetto la fornitura di dispositivi di preparazione per terapie antiblastiche, nonché del verbale della Commissione giudicatrice del 9 luglio 2020, con cui la S.A., pronunciandosi sull'istanza di autotutela proposta dalla ricorrente, seconda graduata, confermava le valutazioni di idoneità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, sottese al censurato provvedimento di aggiudicazione.

2. A sostegno della proposta impugnativa, Becton Dickinson Italia s.p.a. ha dedotto, in un unico motivo in diritto, vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili, lamentando -questo in estrema e doverosa sintesi il contenuto delle doglianze - che la Commissione giudicatrice avrebbe omesso di rilevare le evidenti difformità tecniche che, a suo dire, presenterebbero i dispositivi offerti in gara dalla società controinteressata rispetto a quanto stabilito dalla *lex specialis*.

3. Si sono costituite in giudizio per resistere all'avverso ricorso l'Aorn Caserta e la Icu Medical Europe s.r.l., eccependo in via preliminare di rito la sua irricevibilità, stante la tardività della notifica e insistendo nel merito per la reiezione del gravame, assunto come infondato in fatto e in diritto.

In sede di memoria conclusionale la controinteressata ha inoltre eccepito l'improcedibilità del ricorso, stante la mancata impugnazione della successiva deliberazione del D.G. n. 204 del 16 settembre 2020, recante, in tesi, una nuova aggiudicazione della gara.

4. Respinta l'istanza cautelare in ragione dell'assenza di *periculum*, essendo già esaurita la fornitura, il giudizio è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza dell'11 gennaio 2021, tenutasi con modalità telematiche.

DIRITTO

5. E' controversa l'idoneità dei dispositivi medici offerti, in relazione alla procedura in esame, dalla società aggiudicataria ICU Medical a costituire un "sistema chiuso" in conformità ai requisiti descritti dalla disciplina di gara, sia in termini "qualitativi", in quanto il sistema offerto, in tesi della ricorrente, non garantirebbe l'assenza di contaminazioni e la perfetta tenuta dei farmaci antitumorali al momento delle operazioni di somministrazione, che in termini meramente "quantitativi", ovvero con specifico riferimento al fabbisogno presunto indicato in sede di gara, non avendo offerto un numero di dispositivi sufficiente a garantire almeno 34.000 preparazioni.

6. Costituisce questione preliminare all'esame di merito delle censure lo scrutinio delle spiegate eccezioni di tardività del ricorso formulate sia dall'Azienda Ospedaliera resistente che dalla società controinteressata, che impone di stabilire se sia idoneo ad impedire il consolidarsi degli effetti del provvedimento di aggiudicazione della gara il gravame proposto, non direttamente e tempestivamente avverso quest'ultimo, bensì contro il successivo diniego di autotutela, che, in tesi di parte, costituirebbe l'atto effettivamente lesivo, in quanto recante la definitiva conferma dell'aggiudicazione precedentemente disposta dalla stazione appaltante, all'esito della valutazione degli specifici profili di censura introdotti in via stragiudiziale dalla stessa controinteressata.

6.1 L'eccezione è fondata.

6.2 Sul punto va richiamata la costante giurisprudenza (*cf.*, fra le altre, Consiglio di Stato, sez. III, nn. 4356/2013, 2449/2013, 4593/2012 e 2842/2011; sez. V, n. 2554/2010) che ha chiarito che i termini previsti per la proposizione dei ricorsi

davanti al giudice amministrativo avverso gli atti lesivi per l'interessato nell'ambito di una gara pubblica non possono essere riaperti sollecitando il potere di autotutela dell'Amministrazione, dovendo procedersi alla loro tempestiva impugnativa. Diversamente opinando, infatti, la richiesta di un intervento in autotutela comporterebbe l'elusione del sistema dei termini decadenziali previsti *in subiecta materia*, vanificando l'esigenza sottesa alla normativa di una celere definizione della lite (*cf.*: Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2016 n. 213; T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, 6 aprile 2018, n. 521; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 22 marzo 2018, n. 147; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 19 novembre 2014, n. 1400).

Ed invero, poiché è dal provvedimento originario che discende la lesione in relazione alla quale viene invocata l'autotutela, è da tale atto che sorge per la parte ricorrente l'onere di impugnativa entro i termini di legge.

Ordinariamente, il diniego espresso di autotutela costituisce atto meramente confermativo dell'originario provvedimento, che non compie alcuna nuova valutazione degli interessi in gioco, ma piuttosto, pronunciando sulle doglianze spiegate dal soggetto interessato, anche in conformità ai generali principi di trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa, nonché in funzione preventiva di un possibile contenzioso giurisdizionale, si limita a smentire l'idoneità delle avverse censure a scalfire le valutazioni in precedenza svolte, meramente confermandole nelle conclusioni raggiunte, di talché l'autotutela non può costituire un mezzo per una sostanziale rimessione in termini quanto alla contestazione dell'originario provvedimento.

La giurisprudenza si è spinta persino ad affermare che “il diniego di autotutela si fonda su ragioni di merito amministrativo, esulanti dalla giurisdizione di qualsivoglia giudice: il giudice non potrebbe, cioè, valutare se il diniego di autotutela sia stato bene o male esercitato, perché se ciò facesse la conseguenza sarebbe un ordine, rivolto all'Amministrazione, di nuovo esercizio del potere di

autotutela secondo parametri fissati dal giudice e questo sarebbe uno sconfinamento del giudice in un potere di merito riservato esclusivamente all'Amministrazione e, come tale, incoercibile; il diniego espresso di autotutela non sarebbe, dunque, impugnabile anche per l'esposta, assorbente ragione che si tratterebbe di atto espressione del potere di apprezzamento di interessi pubblici nel loro merito, con riguardo ad opportunità e convenienza, su cui il giudice amministrativo non ha giurisdizione” (cfr. T.a.r. Toscana, sez. II, 25 giugno 2018, n. 920).

6.3 Nel caso in esame, la ricorrente ha proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione solo in data 8 settembre 2020, allorquando era oramai decorso il termine di 30 giorni previsto *ex art.* 120, comma 5, c.p.a. per impugnare l'aggiudicazione, fidando, ma inutilmente, in una positiva conclusione del procedimento di autotutela da essa nelle more attivato, al fine del relativo ritiro da parte della Stazione appaltante.

6.4 Non vale in senso contrario invocare i principi di cui all'Adunanza Plenaria n. 12 del 2 luglio 2020, nella parte in cui ha chiarito che la decorrenza dei termini per l'impugnativa dell'aggiudicazione di una gara pubblica decorrono dalla sua pubblicazione unitamente a tutti gli atti di gara, ovvero comunque dalla piena conoscenza o conoscibilità del contenuto concreto degli atti lesivi della procedura, rilevando a tal fine il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicataria ai sensi dell'art. 76, comma 2, del D.lgs. 50/21016, essendo evidente che la ricorrente, già in occasione della visione della documentazione oggetto di ostensione, ovvero in data 12 giugno 2020, o al più tardi in data 18 giugno 2020, ha avuto completa contezza della lesività del provvedimento, stante la sostanziale sovrapposizione delle doglianze rappresentate con l'istanza di autotutela del 18 giugno 2020 e le pedissequae censure di merito articolate in ricorso.

6.5 Dunque, poiché, per quanto esposto, l'impugnazione proposta non vale di per sé a riaprire i termini per impugnare, ne consegue la tardività dell'impugnativa avverso l'aggiudicazione, atto concretamente pregiudizievole e ormai divenuto definitivo perché non autonomamente impugnato entro il termine di decadenza, con conseguente irricevibilità del ricorso diretto avverso gli atti della procedura concorsuale.

7. *Ad abundantiam*, va anche rilevato che il ricorso è comunque infondato nel merito, atteso che le censure spiegate non sono idonee a scalfire le coerenti e plausibili valutazioni espresse dalla S.A., sia in sede di esame delle offerte tecniche che di reiezione dell'istanza di autotutela, essendo emersa la sostanziale erroneità e infondatezza delle sollevate doglianze di inidoneità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria a costituire un sistema chiuso.

7.1 Ed invero, all'esito delle disposte verifiche tecniche, documentali ed applicative è emerso che il prodotto offerto dalla ICU possedeva le caratteristiche tecniche richieste dalla disciplina di gara, la quale non specificava affatto la tipologia delle singole componenti né la quantità dei dispositivi necessari ad assicurare un sistema chiuso.

7.2 All'opposto, le non sconfessate valutazioni tecnico-discrezionali svolte dalla Commissione di gara attestano la perfetta idoneità dell'offerta tecnica della controinteressata, viepiù se valutata alla stregua di un principio di equivalenza funzionale, essendo basata su un innovativo e performante sistema incentrato sullo *standard* di connessione *Luer Lock*, che l'ente ha ritenuto in grado di soddisfare a pieno le proprie finalità, pur utilizzando solamente due dispositivi ("*Spinning Spiros Closed Male Luer Purple Cup*" e "*Chemo Clave Closed Vial Spike*"), essendo detti dispositivi dotati di specifiche caratteristiche che, attraverso la loro combinazione, consentono di realizzare un sistema chiuso, in grado cioè di garantire la perfetta tenuta dei farmaci antitumorali, l'assenza di contaminazioni

chimiche e microbiche nonché la mancanza di scambi tra l'ambiente interno e esterno al sistema, sia nella fase di diluizione e di trasferimento in flaconi, in bolo e in sacca, che al momento della disconnessione delle varie componenti.

8. In conclusione, il ricorso è dunque irricevibile perché tardivo.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Condanna la ricorrente società alla refusione delle spese di lite in favore della resistente amministrazione e dell'impresa controinteressata che liquida in complessivi €. 6.000,00 (€. 3.000,00 in favore di ciascuna parte), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2021, tenuta da remoto con modalità Microsoft Teams, con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO