Pubblicato il 08/05/2017

N. 02093/2017REG.PROV.COLL.

N. 02072/2017 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

ai sensi degli artt. 38 e 60 c.p.a.
sul ricorso numero di registro generale 2072 del 2017, proposto da HemoCue s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Luca Tantalo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Germanico, n. 168;

contro

ESTAR - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Regionale, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alessandro Lembo in Roma, via G. G. Belli, n. 39;

nei confronti di

Fresenius Kabi Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, n. 142;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. per la Toscana, n. 266/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento:

a) della comunicazione di esclusione dalla gara n. 15/2016, inviata esclusivamente per posta elettronica il 29 dicembre 2016 da ESTAR alla società ricorrente;

b) della determinazione di ESTAR n. 1612 del 28 dicembre 2016 nella parte in cui assegna il lotto n. 4 alla Fresenius Kabi Italia s.r.l.;

c) di ogni altro atto collegato e connesso, ovvero qualsivoglia altro atto – non conosciuto – con il quale ESTAR possa aver avvallato e/o approvato gli atti qui impugnati.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ESTAR - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Regionale e della controinteressata Fresenius Kabi s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, HemoCue s.r.l., l'Avvocato Luca Tantalo, per ESTAR l'Avvocato Gianluca Piccinni, su delega dell'Avvocato Riccardo Farnetani, e per la controinteressata Fresenius Kabi Italia s.r.l. l'Avvocato Chiara Giubileo su delega dell'Avvocato Giuseppe Franco Ferrari;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

1. Con il provvedimento n. 652 del 30 maggio 2016 del Direttore Generale, l'Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Regionali – di qui in avanti, per brevità, ESTAR – ha bandito una procedura di gara per la fornitura *in service* di sistemi analitici per la raccolta delle donazioni per i servizi trasfusionali della Regione

Toscana, avvalendosi, ai sensi dell'art. 54 del d. lgs. n. 50 del 2016, dell'accordo quadro, suddiviso in cinque lotti.

1.1. HemoCue s.r.l., odierna appellante, ha presentato la propria offerta per il lotto n. 4, relativo al «*Sistema per la determinazione quantitativa dell'emoglobina predonazione nel sangue capillare (metodo inclusivo*».

1.2. Durante lo svolgimento delle operazioni di gara, la Commissione di gara, nel rilevare che l'offerta di HemoCue s.r.l. non conteneva l'indicazione dell'interfacciamento con il gestionale del laboratorio, denominato LIS, ha chiesto dei chiarimenti, invitando la medesima HemoCue s.r.l. a spiegare in quale parte dell'offerta tecnica essa avesse previsto tale interfacciamento.

1.3. Con la nota del 19 dicembre 2016 la società ha fatto «*presente che la descrizione relativa all'interfacciamento dello strumento al gestionale di Laboratorio è riportata a pagina 2 della Scheda Tecnica che alleghiamo (sotto la Voce Dati Tecnici Fotometro HB 301)* » ed ha allegato una nuova scheda tecnica presentata ad ESTAR, con la precisazione che «*il dispositivo Hemocue è interfacciabile tramite Porta Seriale ad altri dispositivi elettronici con Tracciato ASCII standard, pertanto interfacciabile anche con sistema LIS mediante MiddleWare*».

1.4. ESTAR tuttavia, preso atto del chiarimento fornito dalla società, con il provvedimento n. 1612 del 28 dicembre 2016 ha escluso HemoCue s.r.l. perché nemmeno dal chiarimento fornito risultava evidente che l'offerta contemplasse il requisito obbligatorio dell'interfacciamento con il sistema gestionale esistente e, contestualmente, ha aggiudicato l'accordo quadro, in riferimento al lotto n. 4, a Fresenius Kabi Italia s.r.l.

2. HemoCue s.r.l. ha quindi impugnato tale provvedimento, unitamente a tutti gli atti di gara presupposti, connessi e consequenziali, e, articolando due censure, ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento, con conseguente riammissione alla gara.

2.1. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio l'ESTAR e la controinteressata Fresenius Kabi Italia s.r.l. per resistere al ricorso.

2.2. Il T.A.R. per la Toscana, sede di Firenze, con la sentenza n. 266 del 15 febbraio 2017, ha respinto il ricorso e ha condannato HemoCue s.r.l. a rifondere le spese di lite nei confronti dell'Amministrazione e della controinteressata.

2.3. Avverso tale sentenza ha proposto appello HemoCue s.r.l., articolando un unico complesso che sarà appresso esaminato nelle sue parti, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

2.4. Si sono costituiti l'appellata ESTAR e la controinteressata Fresenius Kabi Italia s.r.l., entrambe per resistere all'appello.

2.5. Nella camera di consiglio del 27 aprile 2017, fissata per esaminare la domanda di sospensione proposta dall'appellante ai sensi dell'art. 98 c.p.a., il Collegio, ritenuto di poter decidere la controversia in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e sentite le parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello di HemoCue s.r.l. è infondato e va respinto.

4. HemoCue s.r.l. è stata esclusa dalla gara per non avere presentato, nella propria offerta tecnica, e per non avere quotato, nella propria offerta economica, uno specifico interfacciamento con il sistema gestionale LIS –*Laboratory Information System* – del Centro trasfusionale.

4.1. Il primo giudice ha rilevato che la ricorrente si è limitata, anche nei chiarimenti richiesti dalla Commissione giudicatrice, ad indicare che i propri sistemi sarebbero interfacciabili con il gestionale LIS, ma non ha concretamente offerto e quotato l'interfacciamento, che non è compreso nell'offerta stessa.

4.2. La circostanza che nelle risposte di chiarimento HemoCue s.r.l. abbia evidenziato la percorribilità di due alternative vie tecniche per giungere al risultato richiesto, a giudizio del T.A.R. per la Toscana, dimostra che la sua offerta non

prevede e non fornisce un sistema di interfacciamento, che non è quindi di fatto concretamente possibile, e d'altra parte, ha ancora evidenziato il primo giudice, la ricorrente ha espressamente dichiarato, nelle proprie osservazioni, di ritenere che il collegamento con il sistema gestionale debba essere a carico del gestore stesso.

4.3. L'odierna appellante contesta fermamente la motivazione del T.A.R. per la Toscana (pp. 10-13 del ricorso), stigmatizzandola come poco attenta e superficiale, e osserva, in particolare, che l'interfacciamento non era e non poteva considerarsi requisito assolutamente indispensabile, richiesto a pena di esclusione dalla legge di gara, e che comunque esso era contemplato nella documentazione e nei chiarimenti offerti dall'odierna appellante.

5. La censura non coglie nel segno.

5.1. L'art. 2.1. del capitolato prevedeva espressamente, al punto 4., le specifiche *input/output* di collegamento con il sistema computerizzato di gestione dei laboratori e, al punto 7, il collegamento con il gestionale.

5.2. L'art. 5 del capitolato, ancora, prevedeva espressamente che l'offerta indicasse le risorse informatiche per l'interfacciamento con il gestionale del laboratorio (c.d. LIS), come del resto la stessa ESTAR aveva più volte specificato nei chiarimenti del 22 giugno 2016, del 14 luglio 2016 e dell'8 agosto 2016, costituendo elemento essenziale, nel funzionamento della procedura, che i dati provenienti dai dispositivi oggetto di fornitura possano essere riconosciuti e memorizzati nel *software* gestionale del laboratorio, con costi di interfacciamento compresi nell'offerta economica presentata dai concorrenti.

5.3. HemoCue s.r.l. invece, anche nei propri chiarimenti, si è limitata ad offrire un sistema interfacciabile, ma senza specificare l'interfacciamento in concreto offerto e, soprattutto, senza quotarlo economicamente.

5.4. L'interfacciamento con il sistema gestionale LIS, in altri termini, è stato previsto e offerto da HemoCue s.r.l. come mera possibilità (con una duplice

modalità, come è stato esplicitato nei chiarimenti), ma non è stato specificamente individuato nell'offerta tecnica né precisamente quotato nell'offerta economica.

5.5. La sola interfacciabilità, del resto, è una mera caratteristica tecnica dei sistemi offerti, mentre l'interfacciamento è una attività che comporta un costo a carico del fornitore – obbligato proprio per questo a quotarlo nell'offerta economica – che, in coordinamento con il gestore del gestionale, opera il trasferimento dei dati dal dispositivo al gestionale.

5.6. Invece nella ulteriore integrazione documentale del 20 dicembre 2016 la società ha addirittura precisato che «*per le caratteristiche intrinseche della richiesta, date le specifiche di gara e la base d'asta, l'organizzazione fisica, il collegamento al sistema software gestionale del centro non può che essere a carico del gestore stesso*».

5.7. Risulta quindi evidente, in altri termini, come nell'offerta di HemoCue s.r.l. non sia indicato il costo più rilevante e, cioè, quello dell'adeguamento del *software* gestionale – il LIS, appunto – necessario per memorizzare e rendere riconoscibili i dati provenienti dalle strumentazioni installate presso le aziende ed oggetto dell'appalto.

5.8. Non può che seguirne pertanto, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale seppure con una formulazione *a contrario* – che fa salva tra l'altro la ipotesi, innovativa, della mancanza, dell'incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, sanabili con il c.d. soccorso istruttorio oneroso – ha escluso, in linea di continuità con l'interpretazione degli artt. 38 e 46 del previgente d. lgs. n. 163 del 2006, che possano essere oggetto di sanatoria mediante soccorso istruttorio la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica nonché le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa, ipotesi tutte che concretano mancanze non sanabili, come è appunto nel caso di specie.

5.9. La censura, dunque, va *in parte qua* respinta.

6. Non merita accoglimento nemmeno la censura dell'appellante – v., in particolare, p. 15 del ricorso – relativa alla presunta incompetenza del Direttore di Area ad adottare un provvedimento espulsivo in luogo della Commissione di gara.

6.1. Bene ha rilevato anche a tale riguardo il T.A.R. per la Toscana che il provvedimento di esclusione ben può essere adottato dal dirigente della stazione appaltante, competente secondo l'organizzazione interna, quale organo *ex lege* legittimato ad esprimere la volontà dell'ente, risultando essere state rispettate, peraltro, le regole partecipative in considerazione del fatto che HemoCue s.r.l. è stata messa in grado, più volte, di interloquire con la stazione appaltante in ordine alle criticità dell'offerta che, infine, ne hanno determinato l'esclusione.

6.2. La valutazione del primo giudice va immune da censura.

6.3. Al riguardo si deve osservare, anzitutto, che il Direttore di Area era competente ad adottare il provvedimento conclusivo della procedura, giusta delega del Direttore Generale di ESTAR di cui alla determina n. 246 del 29 giugno 2015.

6.4. Inoltre, ed è quanto più rileva, il provvedimento del Direttore di Area è meramente attuativo di quanto già la Commissione di gara aveva prestabilito nel verbale del 19 dicembre 2016, laddove aveva già statuito, nel richiedere i chiarimenti ad HemoCue s.r.l. sull'interfacciamento, che «*nel caso in cui la ditta dichiarasse che è assente, la stessa verrà esclusa e l'aggiudicazione del lotto 4 rimarrà invariata (ditta Fresenius) precisando che l'offerta tecnica ed economica della ditta Fresenius ha invece previsto esplicitamente l'interfacciamento al gestionale*».

6.5. E tanto è avvenuto poiché, non avendo HemoCue s.r.l. ben precisato nei chiarimenti richiesti dalla Commissione la specifica tipologia di interfacciamento e, soprattutto, non avendone quotato il valore nell'offerta economica, il Direttore di Area, in attuazione di quanto già precisato nel verbale del 19 dicembre 2016, altro non ha potuto fare che escludere, legittimamente, l'offerta dell'odierna appellante.

7. Quanto, infine, alle censure proposte da HemoCue s.r.l. contro l'offerta dell'aggiudicataira Fresenius Kabi Italia s.r.l., che a suo avviso sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per non avere neanche essa proposto l'interfacciamento al sistema LIS e per non avere effettuato tutti i necessari sopralluoghi (pp. 13-14 del ricorso), il Collegio non può che evidenziarne, anzitutto, l'inammissibilità, in quanto mai proposte in primo grado e, dunque, nuove in violazione del divieto sancito dall'art. 104, comma 1, c.p.a.

7.1. Né certo può giustificare la tardiva proposizione di tali censure la circostanza, del tutto generica e indimostrata, che la documentazione relativa all'offerta di Fresenius Kabi Italia s.r.l. sarebbe stata ricevuta dalla ricorrente solo «*dopo la notifica del ricorso di primo grado*».

7.2. In ogni caso, anche volendo esaminare tali censure nel merito, esse sono destituite di fondamento.

7.3. Quanto alla dedotta mancata indicazione dell'interfacciamento, anzitutto, Fresenius Kabi Italia s.r.l. si è limitata a precisare, nella propria offerta economica, che il collegamento al LIS non sarebbe a stretto rigore nemmeno necessario perché le apparecchiature da essa offerte scaricano direttamente i dati sul sistema gestionale, ma ciò non implica che l'offerta di Fresenius Kabi Italia s.r.l. non comprendesse l'interfacciamento al LIS, che invece è espressamente previsto e compreso.

7.4. L'interfacciamento è stato specificamente quotato dall'aggiudicataria all'interno dei canoni di noleggio/assistenza tecnica di tutte le apparecchiature, che richiedevano l'interfacciamento stesso, ed è stato pure descritto in diversi punti della relazione tecnica, con conseguente infondatezza delle censure qui esposte.

7.5. Quanto alla dedotta mancata effettuazione dei sopralluoghi, di cui si pure si duole l'appellante, la censura è destituita di fondamento perché, come si evince dal doc. 6 prodotto da Fresenius Kabi Italia s.r.l. (che si esamina, per completezza

motivazionale, solo perché costituente controprova rispetto ad una censura, come quella in esame, che è e resta inammissibile), la controinteressata ha effettuato tutti i sopralluoghi richiesti.

7.6. Di qui, anche per ipotesi volendo prescindere dalla radicale inammissibilità delle censure in esame, la loro infondatezza nel merito.

8. L'appello di HemoCue s.r.l., conclusivamente, deve essere respinto in tutte le censure, nelle quali si articola l'unico motivo proposto, con la conseguente conferma della sentenza qui impugnata e la definitiva esclusione della odierna appellante dalla gara.

9. Le spese del presente grado di giudizio, attesa la complessità tecnica della vicenda, possono essere comunque interamente compensate tra le parti.

9.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante, per la sua soccombenza, il contributo unificato corrisposto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da HemoCue s.r.l., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di HemoCue s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017, con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO