

Massima: *Come noto, l'interesse all'aggiudicazione del terzo classificato sussiste "solo ove risultino fondate sia le censure proposte avverso la prima classificata, che quelle spese nei confronti della seconda graduata" (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 83; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 972). E' invece inammissibile per carenza di interesse il ricorso per l'impugnazione degli atti di gara, con il quale la terza classificata lamenti profili di illegittimità limitatamente alla posizione dell'aggiudicatario (ipotesi alla quale è assimilabile quella in cui le censure investano le posizioni sia del primo che del secondo classificati, ma siano fondate solo nei confronti di uno dei due), in quanto l'accoglimento delle suddette censure determinerebbe uno scorrimento della graduatoria a favore dell'impresa seconda classificata, senza recare una concreta utilità al ricorrente, non essendo ravvisabile in capo al medesimo soggetto neppure un interesse strumentale all'annullamento degli atti ai fini della rinnovazione della gara, nella misura in cui i vizi dedotti non si caratterizzano per una generalità tale da determinare l'illegittimità e il travolgimento dell'intera procedura (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2020, n. 7065).*

Consiglio di Stato n. 4584 del 08/05/2023



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

sui seguenti ricorsi in appello:

1) numero di registro generale 9729 del 2022, proposto dalla società Angelini S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Vittoria Colonna, 39,

contro

la Società Regionale per la Sanità S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Aprea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- della società B. Braun Milano S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Jacopo Emilio Paolo Recla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Alberico II n. 33;

- della società Nuova Farmec S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Coccia e Francesco Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

2) numero di registro generale 9804 del 2022, proposto dalla società B. Braun Milano S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Jacopo Emilio Paolo Recla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Alberico II n. 33,

contro

la Società Regionale per la Sanità S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Aprea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- della società Angelini S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Vittoria Colonna, 39;

- della società Nuova Farmec S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Coccia e Francesco Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

entrambi per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (sezione Prima) n. 6473/2022, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità S.p.a., di B. Braun Milano S.p.a., di Nuova Farmec S.r.l. e di Angelini S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2023, il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È controverso l'esito della gara indetta dalla Centrale di committenza So.Re.Sa. per l'affidamento del lotto n. 10 della fornitura di antisettici e disinfettanti occorrenti alle aziende sanitarie della Regione Campania.

2. La gara, suddivisa in 53 lotti, è stata impostata su una combinazione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo con una puntuale predefinitone delle «*caratteristiche essenziali*» e delle «*specifiche tecniche*» dei prodotti e delle attività oggetto di fornitura.

3. L'oggetto prestazionale del lotto n. 10 è stato definito nell'Allegato A5 attraverso la seguente descrizione merceologica: “*Gel idroalcolico 70% con alcol etilico o alcol isopropilico o n-propilico per la disinfezione delle mani contenitore a chiusura ermetica con valvola anticontaminante per distributore elettronico vari formati LT Lavaggio antisettico delle*

mani. Azione battericida fungicida e virucida. Tempo di contatto da 30" a 60" max, 70% circa PMC".

4. Con determinazione n. 158 del 28 dicembre 2021, So.Re.Sa. ha aggiudicato il lotto n. 10 a B. Braun Milano S.p.a., classificatasi al primo posto della graduatoria innanzi a Nuova Farmec S.r.l. (seconda) e Angelini S.p.a. (terza).

5. Ottenuta l'ostensione di una parte degli atti di gara, Angelini ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, sostenendo che i prodotti presentati dalle due controinteressate si discosterebbero dalle specifiche tecniche riportate nell'Allegato A5 del capitolato, in quanto sarebbero entrambi carenti del "*contenitore a chiusura ermetica con valvola anticontaminante*".

5.1. Dopo aver avuto accesso alle offerte tecniche, Angelini ha integrato le sue tesi con motivi aggiunti e il supporto di due relazioni tecniche.

5.2. Con ricorso incidentale integrato da successivi motivi aggiunti, Braun ha a sua volta impugnato l'atto di ammissione alla gara di Angelini, censurando, dell'offerta avversaria, sia il formato e l'etichetta della confezione (asseritamente difformi dal modello richiesto dalla legge di gara), sia l'insufficiente percentuale di alcool presente nel liquido disinfettante, sia, infine, la sua capacità virucida e la quantità (inferiore a quella richiesta) di dispensatori offerti.

5.3. Con la sentenza qui appellata n. 6473 del 2022, il T.A.R. Napoli ha accolto il ricorso di Angelini, limitatamente alle censure formulate avverso l'ammissione di Braun ed ai motivi aggiunti al ricorso incidentale di Braun, respingendo invece i rilievi concernenti Nuova Farmec.

6. La sentenza è stata impugnata con due autonomi appelli proposti, rispettivamente, da Angelini (n. 9729 del 2022) e da Braun (n. 9804 del 2022).

6.1. Con un primo motivo di appello, logicamente anteposto agli altri in quanto concernente la corretta tassonomia delle questioni da esaminare, Braun sostiene che il T.A.R. - una volta ritenute fondate le sole censure svolte nei confronti della

prima graduata (Braun) e non anche quelle indirizzate nei confronti della seconda (Nuova Farmec) - avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare l'inammissibilità del ricorso di primo grado, stante l'impossibilità per Angelini di conseguire sia il "bene della vita" finale dell'aggiudicazione (in quanto spettante a Nuova Farmec), sia l'utilità strumentale della rinnovazione della gara.

6.2. Il motivo è fondato.

Come noto, l'interesse all'aggiudicazione del terzo classificato sussiste "*solo ove risultino fondate sia le censure proposte avverso la prima classificata, che quelle spese nei confronti della seconda graduata*" (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 83; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 972). E' invece inammissibile per carenza di interesse il ricorso per l'impugnazione degli atti di gara, con il quale la terza classificata lamenta profili di illegittimità limitatamente alla posizione dell'aggiudicatario (ipotesi alla quale è assimilabile quella in cui le censure investano le posizioni sia del primo che del secondo classificati, ma siano fondate solo nei confronti di uno dei due), in quanto l'accoglimento delle suddette censure determinerebbe uno scorrimento della graduatoria a favore dell'impresa seconda classificata, senza recare una concreta utilità al ricorrente, non essendo ravvisabile in capo al medesimo soggetto neppure un interesse strumentale all'annullamento degli atti ai fini della rinnovazione della gara, nella misura in cui i vizi dedotti non si caratterizzano per una generalità tale da determinare l'illegittimità e il travolgimento dell'intera procedura (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2020, n. 7065).

Appare allora evidente l'erroneità della decisione del giudice di prime cure, per avere travisato l'*ordo quaestionum* e non averne tratto le dovute conseguenze sulla procedibilità dell'azione.

7. Alla positiva delibazione del primo motivo deve fare seguito la disamina delle ulteriori censure concernenti l'atto di ammissione in gara di Nuova Farmec, poiché l'eventuale loro infondatezza, facendo riemergere la carenza di interesse ad agire

della terza classificata, semplificherebbe il *thema decidendum* depurandolo dalle questioni non più supportate da rilevanza processuale.

7.1. Con un primo motivo di appello Angelini torna a ribadire l'inidoneità del prodotto proposto da Nuova Farmec: a suo dire, la struttura dell'erogatore - apparentemente conforme alla richiesta della *lex specialis*, in quanto munita della prescritta "*chiusura ermetica con valvola anticontaminante*" - in realtà non sarebbe in grado di assicurare il necessario effetto anticontaminante, poiché la "*modalità dell'erogazione del prodotto*" e la "*semirigidità del flacone*" determinerebbero "*momenti di esposizione del prodotto a potenziali agenti contaminanti*" (relazione AMC Engineering, p. 1).

Emergerebbero, inoltre, ulteriori difetti, "*minori ma non irrilevanti*", quali "*la presenza di gel residuo all'interno del beccuccio che, permanendo per tempi più o meno lunghi o condizioni ambientali sfavorevoli, si può alterare e contaminare, come anche la possibilità di danneggiamento del beccuccio e del corpo sporgente dal flacone della pompetta*" (relazione European Quality Institute, p. 7).

7.2. Il motivo è infondato, nella totalità dei rilievi con esso veicolati.

Dalla scheda tecnica del prodotto in questione si evince che lo stesso presenta una "*chiusura ermetica*" tale per cui "*l'aria può solo uscire ma non entrare nel flacone, che si svuota man mano che il prodotto viene utilizzato*".

Ciò anche perché - come illustrato da Nuova Farmec nelle due difese - il tappo Airless di cui è equipaggiato il prodotto dalla stessa offerto è dotato di due membrane (di colore azzurro verde) delle quali la prima, più grande, separa il flacone dalla valvola, mentre la seconda, più piccola, separa la valvola dal beccuccio. Quando viene azionata la valvola le due membrane si aprono e il gel viene erogato tramite il beccuccio, mentre quando termina la pressione sulla valvola le membrane si chiudono, il gel rimane nella valvola e la chiusura dei due setti non permette il collegamento del gel con il flacone ed il beccuccio. Il sistema

inoltre, come si è visto, impedisce sia l'ingresso dell'aria esterna, sia il reflusso del liquido.

Nella scheda tecnica del dispositivo si legge anche che *“la particolarità di questa confezione è ...che il tappo è inviolabile e non può essere rimosso manualmente (se l'apertura venisse forzata, il tappo verrebbe danneggiato e il prodotto non potrebbe più essere utilizzato). Contenitore e flacone inoltre costituiscono una unità monoblocco, e il sistema di chiusura avviene mediante chiave fornita in dotazione, ad ulteriore garanzia di sicurezza”*.

7.3. Esaminato alla luce delle sue caratteristiche riportate nella documentazione tecnica, il prodotto offerto da Nuova Farmec appare dunque aderente alle richieste della legge di gara, essendo dotato di chiusura ermetica con valvola anticontaminante per distributore elettronico la quale, dopo ogni utilizzo, impedisce all'aria di entrare nella sacca (o flacone). Quest'ultima, poi, essendo fabbricata in plastica morbida, collassa su sé stessa, il che contribuisce ulteriormente ad evitare l'ingresso dell'aria nel flacone.

7.4. Al netto di queste caratteristiche, ciò che Angelini contesta è la possibilità che, dopo ogni erogazione, una minima quantità del liquido rimanga nel beccuccio a contatto con l'aria, esponendosi a contaminazione.

L'inconveniente, tuttavia (oltre ad accomunare i diversi prodotti in gara), non pare di significativo rilievo in quanto:

-- come riconosce la stessa relazione tecnica di parte appellante (redatta da AMC Engineering) *“la presenza di una valvola di non ritorno ...impedisce il ritorno indietro di un eventuale fluido contaminato”*; e *“da prove effettuate la pompetta erogatrice ha un sistema che non permette il rientro di prodotto o aria dall'esterno”*;

-- la medesima relazione evidenzia che *“(...) è possibile confermare l'ermeticità del flacone e della funzionalità della valvola all'interno del dosatore che non permette il rientro di fluidi al momento del rilascio”*, per poi concludere che il prodotto offerto dalla Nuova Farmec *“rispetta in linea di massima la richiesta dell'allegato A5 c”*;

-- la stessa documentazione tecnica offerta in gara da Nuova Farmec dimostra che, all'esito di specifico test di funzionamento, "*il flacone aperto in corso d'uso*" si mantiene stabile e non subisce contaminazione per via aerea per almeno 6 mesi dalla sua apertura ("*6 mesi sulla base di uno studio di bio contaminazione per via aerea*"); e gli esiti di questo test non sono smentiti dalle relazioni tecniche di parte Angelini;

-- la funzionalità e la rispondenza ai parametri di gara del dispositivo offerto da Nuova Farmec emergono, dunque, oltre che dalla relativa scheda tecnica, proprio da una delle due relazioni peritali allegate da Angelini a supporto delle proprie deduzioni;

-- in ogni caso, dalle suddette perizie non risulta che l'eventuale esposizione di micro-quantità di prodotto sulla punta del beccuccio possa comportare rischi di contaminazione rilevanti ai fini dell'uso del prodotto, anche perché la valvola non permette un reflusso del liquido e, ad ogni erogazione, la quantità di prodotto (non venuto a contatto con l'aria) espunta dal dosatore è significativamente superiore alla micro quantità eventualmente rimasta a contatto con l'aria sulla punta del beccuccio, sicché, ove anche sussistente, il segnalato effetto di possibile contaminazione sarebbe annullato dalla prevalente azione battericida del liquido di nuova emissione.

7.5. Gli ulteriori asseriti inconvenienti del dispositivo deriverebbero, stando all'illustrazione che ne propone l'appellante, da eventi traumatici ed eccezionali (la rottura, il danneggiamento o la permanenza del prodotto in condizioni ambientali sfavorevoli) i quali, tuttavia, oltre a non rappresentare, ai sensi della legge di gara, un parametro di ammissibilità dell'offerta tecnica, non paiono poter integrare neppure un valido criterio valutativo della qualità funzionale del prodotto. Non solo, infatti, la legge di gara non prevede una siffatta tipologia di "stress test" valutativo, ovvero la verifica di funzionalità in condizioni critiche di contesto o di impiego, ma neppure è noto quale esito comparativo un siffatto scrutinio potrebbe

far emergere una volta esteso a tutti i prodotti in gara (posto che simili inconvenienti potrebbero interessare anche gli altri dispositivi in gara).

Dunque, il vantaggio qualitativo che Angelini pretende di rivendicare a favore della propria offerta tecnica è del tutto indimostrato, oltre che eccentrico rispetto ai parametri di gara; e, comunque, ove anche dimostrato, esso potrebbe incidere sulla preferibilità di un prodotto rispetto ad un altro e non certo sul possesso dei requisiti tecnici richiesti dalla legge di gara.

7.6. Una volta respinto il primo motivo d'appello, cade (per le ragioni già esposte) l'interesse alla disamina dell'ulteriore motivo proposto da Angelini, riferito alla ragione tecnica che ne ha motivato la statuizione di esclusione dalla gara (il livello percentuale di alcool inferiore al limite minimo del 65% in peso).

7.7. Per la stessa ragione si può prescindere dalla disamina dei motivi di ricorso incidentale riproposti nell'appello della Braun, in quanto anch'essi riferiti ai presunti plurimi profili di inadeguatezza del prodotto offerto da Angelini.

7.8. A favore della improcedibilità di siffatte censure incidentali depone l'ulteriore principio (della c.d. ragione più liquida) in virtù del quale, una volta esaminato e ritenuto infondato il ricorso principale, il ricorso incidentale escludente, proposto dall'aggiudicataria, diviene inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, ai sensi degli articoli 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. (*ex multis*, Cons. Stato sez. IV, n. 3094 del 2021).

8. Per concludere, l'accoglimento del primo motivo dell'appello Braun (riferito all'*ordo quaestionum*) e la reiezione del primo motivo dell'appello Angelini (riferito all'ammissione in gara di Nuova Farmec) fanno sì che, assorbita ogni altra questione, la sentenza di primo grado debba essere riformata con conseguente declaratoria di inammissibilità dell'originario ricorso principale e di improcedibilità di quello incidentale.

9. La complessità e la peculiarità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli (rr. gg. nn. 9729 e 9804 del 2022), come in epigrafe proposti:

- li riunisce ai sensi dell'art. 96 c.p.a.;
- accoglie l'appello proposto da B. Braun Milano S.p.a. (n. 9804 del 2022) limitatamente al primo motivo, dichiarando improcedibili i rimanenti motivi;
- in parte respinge e in parte dichiara improcedibile l'appello proposto da Angelini S.p.a. (n. 9729 del 2022);
- per l'effetto, in riforma della pronuncia di primo grado, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado proposto da Angelini S.p.a. e improcedibile il ricorso incidentale proposto da Braun S.p.a.;
- compensa le spese di lite relative ad entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco