

Pubblicato il 30/11/2018

N. 06822/2018REG.PROV.COLL.

N. 07034/2018 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 7034 del 2018, proposto da Itel Telecomunicazioni S.R.L, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Lopez, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Venere Merendino in Roma, via Muzio Scevola n. 60;

contro

Azienda Ulss 3 Serenissima, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Barzazi, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

nei confronti

B.S.N. Biological Sales Network S.r.l. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 00451/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ulss 3 Serenissima;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Aldo Lopez e Paolo Caruso su delega di Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame la società ricorrente chiede l'annullamento della sentenza con cui il Tar ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento dell'aggiudicazione della procedura negoziata concorrenziale al "miglior prezzo", operata sulla piattaforma telematica SINTEL relativa alla fornitura biennale, in unico lotto, di quanto necessario al controllo delle lavorazioni in asepsi per Medicina Nucleare e per l'Unità Manipolazione Chemioterapici Antiblastici delle Farmacie Ospedaliere di Mestre e Mirano dell'Azienda ULSS 3 Serenissima.

L'appello è affidato alla denuncia di tre rubriche di gravame relative alla violazione degli artt. 3 – 28 - 68 -105 del D.lgs. n. 50/2016.

In data 1 ottobre 2018 si è costituita in giudizio l'Azienda ULSS 3 Serenissima che, con memoria del 9 ottobre 2018, ha eccepito in linea preliminare l'inammissibilità di alcuni motivi e nel merito comunque l'infondatezza integrale dell'appello.

A sua volta l'appellante, con memoria in data 12 ottobre 2018, ha replicato alle tesi di controparte insistendo per il rigetto.

Chiamata all'udienza pubblica di discussione, la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

1.§. Per ragioni di evidente economia processuale devono essere esaminate unitariamente la prima e la seconda rubrica di gravame con le quali si contesta l'affermazione del Tar per cui *“nella fattispecie per cui è causa, non siano ravvisabili gli estremi del subappalto. Ciò in quanto la procedura negoziata aveva per oggetto prevalentemente la fornitura di beni (cd. Kit): anche i c.d. test erano considerati dalla lex specialis alla stregua di un bene, attesa la prevalenza della componente materiale (provette, flaconi, siringhe, soluzioni fisiologiche e altri materiali di consumo) rispetto alla componente diagnostica. La prestazione prevalente era la fornitura di beni, sicché l'appalto va qualificato come avente ad oggetto la fornitura di beni?”*.

1.§.1. In una prima prospettazione di doglianza l'appellante afferma che tale statuizione sarebbe palesemente infondata in quanto:

-- i test di laboratorio compresi nell'appalto (LAL-Test e Test di Sterilità) non sarebbero dei “prodotti” o beni ma servizi ex art. 3, comma 1, lett. ss) del D.lgs. n. 50/2016;

-- nei contratti misti di forniture e servizi di cui all'art. 28, l'oggetto principale è determinato in base al *“valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture”* e di conseguenza si applica ad entrambi i tipi di prestazione la disciplina della prestazione prevalente.

Ciò posto, all'appalto in questione avrebbe dovuto essere applicato il limite al subappalto del 30% dell'importo complessivo del contratto di cui all'art. 105, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016, identico peraltro ai servizi ed alle forniture;

-- l'esecuzione dei test in questione non potrebbe essere considerata come una *“prestazione accessoria”*, ma sarebbe una delle obbligazioni principali dell'aggiudicatario, espressamente specificata nello schema dell'offerta economica e autonomamente valorizzata. I kit, infatti, vengono utilizzati, in linea di massima, 2

volte l'anno dagli operatori del reparto per verificare che gli stessi operino in modo corretto, simulando il processo di manipolazione dei farmaci da iniettare nei pazienti (cd. convalida degli operatori). I test invece vengono eseguiti su lotti di produzione di radiofarmaci o antitumorali, per verificare la sterilità e l'apirogenicità. Tant'è vero che il numero di kit in gara variavano da n. 7 a n. 33, a seconda del tipo di kit, ed era nettamente inferiore al numero di test, che erano richiesti in numero oscillante dai 60 ai 100.

1.5.2. Con la seconda censura l'Intesa lamenta che il Tar non avrebbe valutato che l'offerta presentata dall'aggiudicataria B.S.N. s.r.l. prevedeva il subappalto integrale dell'oggetto dell'appalto, ossia di tutte le prestazioni in violazione dell'art.105, commi 1 e 2, del Codice dei contratti pubblici.

Le imprese concorrenti non avrebbero potuto subappaltare l'oggetto dell'appalto oltre la quota del 30%, e tale previsione sarebbe stata posta a pena di esclusione insanabile.

Tra l'altro, B.S.N. S.r.l. *“non produce ma esclusivamente distribuisce e vende prodotti e/o servizi di terzi, nel caso specifico forniti dal Laboratorio Analisi Chimiche Dott. A Giusto – Servizi Ambiente S.r.l.”* (così, a pag. 5 della memoria di costituzione di B.S.N. s.r.l., depositata in data 15.3.2018, e alle pag. 2 e 3 della memoria conclusiva di primo grado, depositata da B.S.N. S.r.l. in data 4.4.2018).

Se si considerano i soli test analitici (LAL-Test e test di sterilità) di cui al Capitolato Tecnico (ossia i servizi presenti alla riga 3 (pari a €. 2.532,00), alla riga 4 (pari a €. 1.308,00), alla riga 9 (pari a €. 4.220,00) e alla riga 10 (pari a €. 2.180,00) dell'Offerta economica di B.S.N. s.r.l. (doc. 7)), il loro importo, sarebbe stato pari a €. 10.242,00, ; e quindi superiore al 30% dell'importo complessivo del contratto pari a €. 32.754,40.

I test non effettuati da B.S.N. s.r.l. sarebbero stati affidati in subappalto necessario al Laboratorio *“Analisi Chimiche Dott. A Giusto – Servizi Ambiente S.r.l.”* per cui

sarebbe evidente che l'offerta di B.S.N. s.r.l. avrebbe violato i limiti normativi al subappalto con la conseguenza che gli atti impugnati sarebbero illegittimi e l'appalto de quo avrebbe dovuto essere aggiudicato a Itel Telecomunicazioni s.r.l. quale seconda classificata.

L'integrale esecuzione delle prestazioni del contratto (produzione, consegna dei prodotti, ritiro dei campioni, LAL-test, test di sterilità, consulenza post-vendita, etc.) da parte di un terzo (Laboratorio Giusto, con sede in Oderzo), configurerebbe un subappalto vietato ai sensi dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, se non una vera e propria "interposizione" di un soggetto terzo (B.S.N. s.r.l.) tra la Stazione Appaltante e il reale esecutore dell'appalto (Laboratorio Giusto).

La sentenza non avrebbe chiarito il reale rapporto che lega B.S.N. S.r.l. ed il Laboratorio Giusto che sarebbe il reale esecutore del contratto e che non sarebbe stato soggetto ad alcun controllo né in sede di gara, né in sede esecutiva, con una radicale violazione della normativa di controllo degli appalti pubblici e della responsabilità per gli eventuali inadempimenti.

Ne sarebbe vero quanto afferma la sentenza *"che la lettera invito, riferendosi genericamente ai fornitori dei prodotti richiesti dalla P.A. e contenendo negli allegati un distinto riferimento al fabbricante del prodotto (marca del prodotto) e al fornitore dello stesso, consentiva la partecipazione alla procedura negoziata non solo ai produttori dei beni oggetto di fornitura, ma anche ai distributori dei medesimi: potevano, dunque, partecipare alla procedura negoziata e assumere la qualità di "fornitori" dei prodotti richiesti dalla P.A. tutte le imprese in grado di fornire i beni richiesti, anche se non produttrici degli stessi"*.

Invece l'art. 3 della lettera d'invito identificerebbe la *"ditta affidataria"* con il *"fabbricante"*, il quale per definizione, *"immette in commercio"* i prodotti (a differenza del mero *"distributore"*) e delineerebbe un rapporto diretto e necessario.

1.§.3. L'assunto complessivo va respinto.

In primo luogo, certamente l'oggetto dell'appalto può essere ricostruito in termini di contratto misto, in quanto è costituito da una componente di fornitura di beni (i cd. *kit* e i cosiddetti *test*)), e da una certa componente di servizi (es. i trasporti dei campioni).

Tuttavia, da tale premessa non scaturisce la conclusione per cui nel caso dovrebbe essere prevalente la normativa sui servizi, come vorrebbe l'appellante.

Sotto un primo profilo, relativo al principio di "prevalenza economica" di cui all'art. 28 primo comma, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016, si osserva che l'ITEL appellante indica le voci complessive che, a suo dire, farebbero parte della componente servizi, ma non dimostra che le prestazioni dei predetti servizi del contratto in esame superassero realmente il valore relativo dei beni ricompresi nella fornitura. L'appellante infatti valuta unitariamente il costo dei test previsti dalle righe 3, 4, 9 e 10 degli allegati 3 (*Modello offerta economica senza prezzi*) e 4 (*Modello offerta economica*) alla lettera di invito (doc. 4) (Lal test, Steritest e test di sterilità), senza tener conto della presenza indubbia della rilevanza della componente dei "materiali di consumo" (contenitori, provette, flaconi, siringhe, soluzioni fisiologiche e altro (*cfr. doc. n. 8 offerta B.S.N.*)).

In tale direzione manca la prova che il valore dei test -- depurato della componente fornitura (che andava cioè a remunerare i materiali) e la parte di servizi eseguita direttamente dall'aggiudicataria -- superasse sicuramente il ricordato limite del 30%.

In secondo luogo è risolvante la considerazione per cui, in base al principio di "prevalenza funzionale" di cui all'art. 28 primo comma, primo periodo del d.lgs. n.50/2016, ai fini della "*fornitura di quanto necessario al controllo lavorazioni in asepsi*", l'eventuale componente servizi connessa ai cd. *test* di verifica assumeva una caratterizzazione del tutto strumentale ed accessoria del contratto, che costituiva il reale fine della fornitura (come esattamente ricordato dall'Azienda ULSS 3

Serenissima). Per questo non vi sono dubbi che il regime giuridico del contratto fosse in ogni caso attratto dalla disciplina delle forniture.

Sotto altro profilo non si trattava affatto di un subappalto necessario, perché l'Itel Telecomunicazioni s.r.l. possedeva tale accreditamento AIFA che era richiesto dal bando il quale, come confermato dall'ULSS 3 nei chiarimenti, era equipollente allo svolgimento delle prove microbiologiche (ma sul punto vedi anche *infra*).

Dunque ha ragione il Tar quando afferma che “...*la procedura negoziata aveva per oggetto prevalentemente la fornitura di beni (cd. Kit): anche i cd. test erano considerati dalla lex specialis alla stregua di un bene, attesa la prevalenza della componente materiale (provette, flaconi, siringhe, soluzioni fisiologiche e altri materiali di consumo) rispetto alla componente diagnostica.*”

E che in sostanza “... *la prestazione prevalente era la fornitura di beni, sicché l'appalto va qualificato come avente ad oggetto la fornitura di beni. ...*”.

In tale direzione, in base al contenuto del contratto di fornitura deve escludersi che possa comunque configurarsi un subappalto di servizi o di forniture, essendo evidente la presenza di un rapporto di sub-fornitura. In tale prospettiva si deve infatti ricordare che:

-- con il subappalto di cui all'art. 105 comma 2, del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50 (sulla scia della fattispecie di cui all'art. 1676 e segg. c.c.), l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali, configurando così un vero e proprio contratto – derivato di carattere trilaterale;

-- al contrario, il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale il ruolo del subfornitore (es. componentistica di beni complessi) si palesa solo sul piano interno del rapporto commerciale e di mercato tra le due imprese. In tale fattispecie il requisito della “*conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, dell'impresa committente*”, di

cui all'art. 1 della legge 18 giugno 1998, n. 192, comporta l'inserimento del subfornitore nel processo produttivo proprio del committente (cfr. Cassazione civile, sez. III, 25/08/2014, n. 18186).

In sostanza, mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a diretto beneficio del committente, il subfornitore si impegna a porre nella disponibilità dell'appaltatore un certo bene da inserire nella produzione dell'appaltatore, per cui il relativo rapporto rileva esclusivamente sotto il profilo privatistico dei rapporti bilaterali di carattere commerciale fra le aziende.

Alla stregua dei detti criteri si deve concludere che nel caso di specie non vi sono dubbi che ricorresse un contratto di subfornitura — e non di subappalto -- in quanto l'apporto del subfornitore (Laboratorio Giusto) si inseriva nel complesso del processo produttivo dell'appaltatore.

In conseguenza, nel caso di specie, trattandosi di subforniture di un prodotto, anche la dichiarazione dell'aggiudicataria di non avvalersi di subappaltatori era dunque perfettamente coerente con la struttura del contratto.

In questi ambiti è inconsistente il richiamo all'art. 3 della lettera d'invito, che concerne il diverso caso di offerta di un prodotto analogo ma migliore e non impone affatto la coincidenza tra “affidataria” e “fabbricante”.

Entrambi i motivi devono dunque essere respinti.

2.§. Con la terza rubrica si contesta l'affermazione del Tar per cui “*la lex specialis non richiedeva, a pena di esclusione, che l'accreditamento dovesse essere riferito a ciascuno dei tre test inclusi nella fornitura*”, mentre nella fattispecie il capitolato tecnico (doc. 2) prevedeva congiuntamente:

1) l'esecuzione di n. 160 “*test di sterilità su preparazioni iniettabili citotossiche/antiblastiche eseguendo la conta di batteri, lieviti e muffe con incubazione idonea*”;

2) la “*apposita incubazione con tempi e modalità idonei presso un laboratorio di analisi accreditato secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005*”.

Ciò premesso, contrariamente a quanto affermato in sentenza, l'accreditamento secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005 avrebbe dovuto riguardare il test di sterilità (accreditamento mancante nell'offerta della controinteressata), in quanto l'accreditamento secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005 verrebbe attribuito ai laboratori non in generale, ma con riferimento alle singole prove e.

Dalla lettura complessiva del Capitolato tecnico (doc. 2) si ricaverebbe che la richiesta di “*apposita incubazione*” avrebbe riguardato proprio il test di sterilità e che detta “*apposita incubazione*” avrebbe dovuto essere effettuata da un laboratorio di analisi accreditato secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005; in quanto la sua prolungata effettuazione necessiterebbe di apposito addestramento del personale e di strumentazione adeguata, convalidata e conforme alle esigenze imposte dalla norma di riferimento del test di sterilità (capitolo 2.6.1 della Farmacopea Europea).

Di conseguenza, l'accreditamento richiesto dalla lettera di invito secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005 sarebbe riferito specificamente al test di sterilità (comprendente l'apposita idonea incubazione); accreditamento che né B.S.N. s.r.l. e né il Laboratorio Giusto avrebbero posseduto ma che sarebbero indispensabili per la tutela dei pazienti e degli operatori dei laboratori.

Risulterebbe totalmente infondato affermare che l'accreditamento UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005 per alcune delle prove oggetto dell'appalto (LAL test) avrebbe potuto “estendersi” anche agli altri esami (test di sterilità), posto che detto accreditamento sarebbe specificamente conferito (solo) per le prove elencate nel certificato rilasciato da Accredia, all'esito di verifiche relative alle singole prove.

La sentenza infondatamente sosterebbe che la *lex specialis* riteneva “.. *sufficiente una generica idoneità allo svolgimento di prove microbiologiche, senza necessità che questa fosse riferita a ciascun specifico test*”, in quanto al contrario l’accreditamento in questione riguarderebbe il singolo test. Il Certificato di Accreditamento UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005 rilasciato da ACCREDIA attesterebbe la competenza tecnica del Laboratorio relativamente allo scopo riportato nelle schede allegate” *sulle singole analisi enon è da ritenersi valido se non accompagnato dalle schede allegate*”, a dimostrazione del fatto che l’accreditamento non può assolutamente essere generico. In conclusione, né B.S.N. s.r.l. e né il Laboratorio Giusto avrebbero posseduto l’accreditamento richiesto dalla lettera di invito, a pena di esclusione, ai sensi dell’art. 68 del d.lgs. n. 50/2016. La medesima conclusione si evince dai commi 7 e 8 del medesimo art. 68, i quali prevedono espressamente l’inammissibilità e/o l’esclusione delle offerte non conformi.

Appare evidente, quindi, che non è vero che lo “*specifico chiarimento fornito dalla stazione appaltante in sede di gara (non espressamente impugnato), con il quale la ULSS 3 ha precisato l’equipollenza dell’autorizzazione AIFA allo svolgimento delle prove microbiologiche: il che dimostra come la lex specialis ritenesse sufficiente una generica idoneità allo svolgimento di prove microbiologiche, senza necessità che questa fosse riferita a ciascun specifico test*”.

Infatti, il chiarimento riguardava l’autorizzazione AIFA, la quale autorizza a svolgere specifici test e non prove microbiologiche in generale (nel caso di Itel Telecomunicazioni S.r.l., LAL Test e test di sterilità).

L’assunto non convince.

In primo luogo si sottolinea l’evidente inammissibilità della censura nella parte in cui l’appellante appunta i propri strali avverso la posizione del Laboratorio Giusto, che non risulta essere stato destinatario della notifica dell’appello.

Parimenti rilevante al riguardo appare il fatto che, la ricorrente non ha impugnato la lettera d'invito nella parte in cui non si richiedeva la dimostrazione del possesso della certificazione delle singole prove di laboratorio oggetto dell'appalto.

Infatti, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, la lettera di invito era chiara nel richiedere come requisito di partecipazione solamente l'allegazione di copia della documentazione di accreditamento del laboratorio secondo la norma n. 17025:05, e non anche il possesso della certificazione delle singole prove di laboratorio.

A tale riguardo l'appellante fa un ellittico ragionamento diretto a dimostrare che dalla *“lettura complessiva del Capitolato tecnico, si ricaverebbe che la richiesta di “apposita incubazione” riguarderebbe proprio il test di sterilità e che detta “apposita incubazione” dovrebbe essere effettuata da un Laboratorio di analisi accreditato secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005”*, ma non indica da quale specifica norma tecnica discenderebbe espressamente tale obbligo.

Il capitolato tecnico, là dove prevede l'esecuzione di n. 160 *“test di sterilità su preparazioni iniettabili citotossiche/antiblastiche eseguendo la conta di batteri, lieviti e muffe con incubazione idonea”*, non reca alcuna ulteriore specifica indicazione dell'obbligatorio accreditamento alla UNI 17025:2005. In altre parole in base alla *lex specialis*, ai fini dell'effettuazione dell'incubazione con tempi e modalità idonei era sufficiente che il laboratorio di analisi fosse accreditato secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005 ma non era imposto necessariamente l'accREDITAMENTO delle singole prove.

Non essendo oggetto di contestazione la titolarità del Laboratorio Giusti della certificazione di accreditamento del detto laboratorio secondo la norma UNI CEI ISO/IEC 17025:2005, in conseguenza deve concludersi per la perfetta conformità dell'offerta dell'aggiudicataria alle regole della *lex specialis*; si deve notare che l'accREDITAMENTO AIFA posseduto da Itel Telecomunicazioni s.r.l., era stato

giustamente considerato come equivalente ai sensi dell'art. 68, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016, e tale equipollenza dell'autorizzazione AIFA ben gli dava titolo allo svolgimento delle prove microbiologiche.

In definitiva, l'assenza di una specifica norma della *lex specialis* che imponesse il possesso della certificazione di tutti i test secondo la norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025:2005", escludeva la necessità di accreditamento delle singole prove oggetto della fornitura a pena di esclusione.

L'aggiudicazione deve dunque ritenersi pienamente conforme alle condizioni di ammissione previste dalla lettera d'invito.

Il motivo va dunque respinto

3.§. In conclusione l'appello è infondato e deve essere respinto.

La sentenza merita dunque integrale conferma.

Le spese tuttavia in relazione alla novità delle questioni dedotte possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello, come in epigrafe proposto.
2. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO