

## Gli appalti di fornitura tra discrezionalità tecnica e merito

di Paolo Michiara

Data di pubblicazione: 8-9-2016

1. Nel caso in cui, in un appalto di fornitura, la *lex specialis* richieda ai concorrenti di indicare nelle offerte i materiali di consumo “monouso” relativi alle apparecchiature oggetto di fornitura e i costi connessi, l’indicazione di tali materiali non può essere intesa quale “caratteristica minima” di sistema delle apparecchiature il cui difetto comporti l’esclusione dalla procedura.

2. Al fine di dimostrare l’errata valutazione dell’offerta tecnica da parte della Commissione di gara non è sufficiente formulare affermazioni generiche volte ad offrire valutazioni alternative a quelle espresse dalla Commissione stessa, dovendosi invece fornire puntuali elementi a sostegno della tesi esposta. (1)

(1) Conforme TAR Umbria, Sez. I, 7 novembre 2014, n. 539; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 21 febbraio 2015, n. 676; Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257.

### Guida alla lettura

La sentenza in esame, dopo aver qualificato quali materiali di consumo taluni accessori relativi alle apparecchiature oggetto dell’appalto di fornitura in ragione delle loro caratteristiche (in primis essere “monouso”), si sofferma ad esaminare come, nel caso deciso, gli stessi non siano equiparabili alle “caratteristiche minime” delle apparecchiature da fornire, caratteristiche pretese dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

Sotto diverso profilo, la sentenza ribadisce un principio pacifico in giurisprudenza (soprattutto nell’ambito del subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta), vale a dire quello per cui le censure relative alla valutazione dell’offerta tecnica non devono essere generiche e quindi limitarsi ad offrire valutazioni alternative a quelle della commissione di gara; è invece necessario fornire puntuali elementi a sostegno delle tesi esposte.

Il pronunciamento in esame, per il resto, elenca in modo diffuso e completo tutte le ragioni tecniche a sostegno della decisione.

Il Collegio cioè non si sottrae ad un contraddittorio specialistico ed entra anzi nell'intrinseco tecnico della *querelle*.

Quanto sopra farebbe pensare a quella che potrebbe essere definita come un'apertura del sindacato di (mera) legittimità che, invece e di norma, è di tipo formale-procedurale, restio a recepire le istanze sostanzialiste provenienti dai ricorrenti.

I reclamanti, in generale, attraverso un utilizzo ampio delle varie figure sintomatiche dell'eccesso di potere, tendono del resto, anche per l'assenza di efficaci controlli extra giudiziari, a far entrare nel processo il merito e la sostanza delle vicende, sostanza che molto spesso si collega a situazioni aventi uno sfondo di complessa tecnicità.

Senonché il giudice di legittimità (per il vero più il Consiglio di Stato, meno i TAR) cerca sempre, come è noto, anche per evitare accuse di indebite interferenze (la divisione dei poteri resta pur sempre un principio vigente), di allontanare tutto ciò che non sia strettamente giuridico-formale, tralasciando altresì di utilizzare strumenti (ad esempio la consulenza tecnica) che permetterebbero invero di rendere meno oscuro quel che altrimenti, per la sua intrinseca difficoltà, verrebbe sempre e comunque scambiato per una questione assolutamente tecnica e/o di merito, quindi non sindacabile.

Come è noto invece, non vi è un divieto per i giudici di legittimità di entrare nelle questioni tecniche: il divieto opera solo per il merito.

In tal senso la sentenza in questione, correttamente, al di là dell'esito e quindi del merito della vicenda, non rifugge il confronto e l'approccio di tipo tecnico. Va insomma segnalata proprio per questa non usuale apertura.

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**

### **sezione staccata di Parma (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 64 del 2016, proposto da:

Erbe Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Simone Uliana e Giorgia Romitelli con domicilio eletto presso il primo, in Parma, viale Mentana n. 92;

**contro**

Azienda Ospedaliera Irccs di Reggio Emilia- Arcispedale S.Maria Nuova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Elena Pontiroli presso la quale elegge domicilio, in Parma, via Mistrali, n. 4;

Azienda Unità Sanitaria Locale (Usl) di Parma, Azienda Unità Sanitaria Local (Usl) di Piacenza, Azienda Unità Sanitaria Locale (Usl) di Reggio Emilia, Azienda Ospedaliero Universitaria di Parma, Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena, Azienda Unità Sanitaria Locale (Usl) di Modena non costituite in giudizio;

**nei confronti di**

Praesidia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Riccardo Carboni con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar, in Parma, piazzale Santafiora n. 7;

**per l'annullamento**

della disposizione del Direttore del Servizio Interaziendale Approvvigionamenti n.108/2016 del 27 gennaio 2016 e relativo All.n.1, limitatamente alla parte in cui ha disposto l'aggiudicazione definitiva del lotto n.2 in favore di Praesidia S.r.l.;

della nota prot.0002254 del 27 gennaio 2016 pervenuta in pari data, a firma del Direttore del Servizio Interaziendale Approvvigionamenti, avente ad oggetto "*RDO n.857588 Fornitura di elettrobisturi a somministrazione AVEN, comunicazione esito gara*";

della comunicazione dell'Azienda Ospedaliera IRCCS di Reggio Emilia - Arcispedale S.Maria Nuova, prot.n.2016/0005183 del 26 febbraio 2016, a firma del Direttore del servizio Interaziendale Approvvigionamenti, con la quale vengono confermati "*gli esiti di gara disposti con atto di aggiudicazione n.108 del 27/01/2016*";

limitatamente al lotto n.2: dell'offerta presentata da Praesidia s.r.l.;

di tutti gli atti della suddetta procedura ivi inclusi la lettera di invito/capitolato prot.0013403/2015 del 9 giugno 2015 avente ad oggetto "*Cottimo fiduciario mediante procedura telematica, ai sensi dell'art.125, comma 1, lett.b), del D.lgs. 163/2006, per l'affidamento della fornitura a somministrazione di elettrobisturi in unione d'acquisto fra le Aziende sanitarie associate all'Area Vasta Emilia Nord (AVEN) - Arcispedale S.Maria Nuova Azienda Ospedaliera di Reggio Emilia capofila - Codice CIG accordo quadro Lotto 1 6282009DCF, Codice CIG accordo quadro Lotto 2 62822013120; Codice CUP 189E13000880006*";

del parere tecnico sanitario della Stazione Appaltante;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Irccs di Reggio Emilia-Arcispedale S.Maria Nuova e di Praesidia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2016 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con Lettera di invito del 9 giugno 2015 l'Azienda Ospedaliera IRCCS di Reggio Emilia – Arcispedale S. Maria Nuova (di seguito Azienda) indiceva una procedura telematica ex art. 125, comma 1 b) del D. Lgs. N. 163/2006 (cittino fiduciario) per “*l'affidamento della fornitura a somministrazione di elettrobisturi in unione d'acquisto fra le Aziende sanitarie associate all'Area VASTA Emilia Nord (AVEN)*” suddivisa in 2 lotti per un periodo di 24 mesi dalla stipula del contratto, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del D. Lgs. N. 163/2006 (60 offerta tecnica/40 offerta economica).

All'esito delle operazioni concorsuali, con nota del 27 gennaio 2016, l'Azienda comunicava alla ricorrente che il Lotto 2, di interesse ai fini del presente giudizio (fornitura di 4 elettrobisturi di fascia alta per elettrochirurgia ad alta frequenza completi di modulo argon per un importo a base d'asta di € 92.000,00 IVA esclusa), veniva aggiudicato all'odierna controinteressata.

Esperito l'accesso agli atti di gara e inoltrata la comunicazione di cui all'art. 243 *bis* del Codice dei contratti, la ricorrente impugnava l'aggiudicazione del Lotto 2 deducendo la non conformità dei dispositivi forniti dall'aggiudicataria alle specifiche richieste dalla disciplina di gara per non aver offerto la bombola a gas argon, il manipolo per gas argon e i filtri antibatterici (1° motivo); il difetto di istruttoria per non aver rilevato detta criticità in sede di gara (2° motivo), nonché, l'eccessivo apprezzamento, in termini di punteggio, dei dispositivi offerti dalla controinteressata (3° motivo).

L'Azienda e la controinteressata si costituivano in giudizio eccependo l'inammissibilità del

terzo motivo poiché diretto a censurare le valutazioni tecnico discrezionali della Commissione e l'infondatezza dei primi due motivi.

La ricorrente, con memoria del 16 marzo 2016, precisava le proprie doglianze focalizzando l'attenzione sull'omessa offerta di un ulteriore componente avente natura di "*caratteristica minima*" rappresentata dal "*filtro a gas Argon ad elevata efficienza*".

Nella camera di consiglio del 16 marzo 2016, con ordinanza n. 66/2016, veniva fissata ex art. 55, comma 10, c.p.a. l'odierna udienza di discussione all'esito della quale la causa veniva decisa.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 2 e 83 del D. Lgs. N. 163/2006, nonché dei principi di imparzialità, *par condicio*, pubblicità e trasparenza in ragione della non conformità dei dispositivi offerti dall'aggiudicataria.

Evidenza a tal proposito che la Lettera di invito prevedeva, relativamente al Lotto 2, la fornitura di "*Elettrobisturi di fascia alta, per elettrochirurgia ad alta frequenza, completi di modulo argon*" con determinate "*caratteristiche tecniche minime*" fra le quali erano indicate, per quanto di interesse nel presente giudizio, il coagulatore ad argon con controllo e misurazione gas in ingresso; la possibilità di regolazione del flusso in uscita; l'utilizzo con speciale bombola; il filtro gas argon ad elevata efficienza; l'attivazione da pedaliera e, infine, la modalità automatica con argon pulsato.

Il tutto "*completo di riduttori e altri accessori indispensabili per il completo utilizzo in abbinamento all'unità elettrochirurgica*".

Dall'Allegato D dell'offerta della controinteressata risulta invece che la Ditta avrebbe offerto un elettrobisturi BOWA ARC 400 privo dei necessari accessori per il corretto utilizzo del medesimo. In particolare mancherebbero "*la bombola a gas Argon, il manipolo gas Argon [ovvero l'elemento collegato al generatore ad argon e all'elettrobisturi], il terminale per manipolo Argon [ovvero il "tubicino" attraverso il quale viene erogato il gas argon] e i filtri antibatterici*" (pag. 8 del ricorso. Le definizioni riportate in parentesi quadra sono mutate dalla memoria di costituzione dell'Azienda e non sono oggetto di contestazione da parte della ricorrente).

Si afferma ulteriormente che senza, in particolare, un "*manipolo Argon appositamente progettato per quel dispositivo*" questo non potrebbe funzionare.

La dedotta incompletezza dell'offerta avrebbe dovuto determinare l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara poiché la scelta della Stazione appaltante, come prescritto dal paragrafo "*ASSEGNAZIONE*" della Lettera d'invito, poteva essere determinata unicamente "*tra i sistemi ritenuti conformi alle caratteristiche descritte*" nella stessa Lettera e nel Capitolato tecnico e "*idonei all'uso*" (pag. 12).

La non conformità o incompletezza dell'offerta, inoltre, era espressamente sanzionata al

successivo paragrafo (pag. 13) con *“l’esclusione dalla gara”*.

L’Azienda contesta l’affermazione di parte ricorrente secondo la quale l’elettrobisturi potrebbe funzionare *“solo in presenza di un manipolo Argon appositamente progettato per quel dispositivo”*, e che per tale ragione dovrebbe essere necessariamente fornito, e sostiene che detta affermazione sarebbe *“vera esclusivamente per gli elettrobisturi forniti dalla Erbe”* necessitanti di accessori dedicati (pag. 7 della memoria di costituzione) mentre quelli prodotti dalla BOWA e offerti dall’aggiudicataria potrebbero funzionare *“con manipoli e bombole comunemente reperibili sul mercato”* (pag. 8 della memoria).

La resistente rileva ulteriormente che tutte le Aziende facenti parte di AVEN dispongono di propri contratti per l’approvvigionamento del gas e che le bombole e i manipoli in questione non farebbero parte della dotazione fissa dell’elettrobisturi (ovvero, componenti del medesimo) ma sarebbero beni di consumo dei quali approvvigionarsi nel tempo in base agli effettivi consumi.

Il motivo è infondato.

Come evidenziato dall’Azienda, la Lettera di invito disponeva che oltre all’offerta economica le concorrenti dovessero compilare e presentare per ogni singolo lotto l’allegato A (non rientrante nella valutazione dell’offerta economica) che al Foglio 3 prevedeva l’indicazione del *“costo dei materiali consumabili dedicati, di distribuzione esclusiva, disponibili per le apparecchiature offerte (...) quali, a titolo esemplificativo: manipoli e accessori vari per le specialità richieste ...”*.

Allo stesso modo il Capitolato alla lett. B della Lettera di invito rubricato *“Descrizione del MATERIALE DI CONSUMO DEDICATO”* prevedeva la presentazione di un *“Elenco dettagliato e quantità ritenute necessarie (riportandole all’unità paziente o prestazione) di tutti i prodotti di consumo disponibili a listino ed utilizzabili con l’apparecchiatura richiesta”* specificando ulteriormente quali fossero *“indispensabili o comunque consigliati per un ottimale utilizzo dell’attrezzatura”*; quali fossero *“per peculiari requisiti tecnici, distribuiti in esclusiva”*; quali fossero *“reperibili anche presso altri fornitori (indicare i marchi alternativi)”*; se fossero *“di tipo monouso o multiuso (sanificabili/sterilizzabili)”* e, infine, l’indicazione della *“durata media del prodotto se di tipo monouso”* e la presentazione di una *“dichiarazione che attesti l’assenza di lattice”*.

Ne deriva che le bombole ed i manipoli, in quanto materiali di consumo, non potevano integrare quelle *“caratteristiche minime”* di sistema il cui difetto poteva determinare l’esclusione dalla procedura.

La necessità di fornire la bombola in questione viene affermata dalla ricorrente poiché, come specificato nell’apposito questionario dalla stessa compilato (rigo 62) il dispositivo da questa fornito è in grado di funzionare utilizzando una *“bombola specifica”* mentre tale limitazione non è presente nel prodotto della aggiudicataria che può funzionare utilizzando bombole reperibili in commercio.

Tale maggior versatilità del dispositivo offerto dall'aggiudicataria non può essere negata, come afferma la ricorrente (memoria depositata il 16 marzo 2016), allegando che il manuale d'uso BOWA consiglierebbe l'utilizzo di bombole dedicate poiché tale prescrizione non esclude, anzi conferma, la possibilità di utilizzarne altre.

La disciplina di gara prevedeva (pag. 4) quali caratteristiche minime di sistema, per quanto di interesse nel presente giudizio (quindi con riferimento alla dotazione di accessori necessari al funzionamento), la "*possibilità di installazione su carrello dedicato*" (quindi la fornitura di un apposito carrello), che fosse "*completo di pedale protetto dalla penetrazione di liquidi per il controllo delle funzioni monopolare e bipolare*" e, infine, un "*carrello di supporto per il trasporto e alloggiamento bombole*".

Che l'aggiudicataria abbia offerto i carrelli e il pedale è pacifico e non contestato dalla stessa ricorrente.

Quanto alla dedotta mancanza del filtro antibatterico dedotta in sede di ricorso introduttivo (la mancanza del "*filtro a gas Argon ad elevata efficienza*" viene rilevata successivamente con memoria e, peraltro, deve intendersi come richiesta di una semplice predisposizione alla sua installazione) deve rilevarsi, come emerso in sede di discussione, che si tratta di un minuto accessorio plastico di costo limitatissimo (circa € 5) definito dall'Azienda (e riconosciuto dalla stessa ricorrente) come "*monouso*" e "*monopersona*".

Detta caratteristica ne palesa la natura di materiale di consumo e non di "*caratteristica minima*" rendendo la pretesa omessa fornitura del medesimo inidonea a determinare l'esclusione della controinteressata (si evidenzia a tal proposito che la disciplina di gara non ne prevede una fornitura iniziale né potrebbe sostenersi che l'offerta di un solo esemplare possa costituire elemento decisivo ai fini della ammissione dell'offerta)

Per le suesposte considerazioni l'offerta della controinteressata non poteva ritenersi incompleta e per tale ragione deve ritenersi infondato anche il secondo motivo di ricorso con il quale la ricorrente si limita a dedurre il difetto di istruttoria in ragione del mancato rilievo della (come già evidenziato) infondata non conformità del dispositivo offerto dall'aggiudicataria.

Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce in subordine la violazione della *lex specialis* di gara, dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 83 del D. Lgs. N. 163/2006 e dei principi di imparzialità, *par condicio*, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria contraddittorietà e illogicità.

La Stazione appaltante, oltre ad avere illegittimamente ammesso in gara un'offerta per i motivi esposti non conforme, avrebbe ad essa attribuito un punteggio superiore a quello riconosciuto alla ricorrente nonostante l'offerta da parte di quest'ultima di un dispositivo conforme e "*dotato di tutte quelle caratteristiche oggetto di valutazione tecnica e di relativa attribuzione del punteggio tecnico*" (punti 55,50 contro 47,50).

L'eccezione inammissibilità del presente motivo da parte delle resistenti può essere superata in quanto infondato nel merito.

La ricorrente dopo aver richiamato la griglia di valutazione in base alla quale dovevano essere attribuiti i 60 punti riservati all'offerta tecnica, lamenta che in relazione al parametro "*Valutazione clinica*" max 25 punti entrambe le concorrenti (ricorrente e aggiudicataria) riportavano punti 22, nonostante relativamente al dispositivo della controinteressata la Commissione rilevasse che "*in applicazione ginecologiche le pinze laparotomiche per sintesi dei vasi sono risultate poco confortevoli e di difficile utilizzo*".

La Commissione non avrebbe inoltre valutato che il dispositivo della controinteressata mancava della funzione della "*sintesi dei vasi*".

La doglianza è infondata.

Il giudizio tecnico espresso dalla Commissione viene dalla ricorrente riportato parzialmente.

Se è vero, infatti, che la Commissione valutando i due dispositivi si esprimeva in termini di equivalenza circa il "*contenimento dei fenomeni di sanguinamento*" e rilevava una criticità riferita al BOWA dell'aggiudicataria in tema di facilità di utilizzo delle pinze laparotomiche in applicazioni ginecologiche (circostanza sulla base della quale si censura l'attribuzione del medesimo punteggio relativamente alla "*Valutazione clinica*"), è altrettanto vero che il Parere Tecnico Sanitario evidenzia come "*durante gli interventi di chirurgia urologica*" lo stesso dispositivo abbia dato "*ottimi risultati in applicazione di resezione bipolare*".

La circostanza che la Commissione, relativamente all'offerta dell'aggiudicataria, evidenzia elementi critici (che deporrebbero per una minor qualità rispetto al prodotto della ricorrente) unitamente ad aspetti meritevoli di apprezzamento (sempre rispetto al dispositivo della ricorrente) suscettibili di compensarsi, rende l'identità del punteggio attribuito immune da evidenti vizi di illogicità, incongruità e irragionevolezza .

Quanto alla citata funzione che si afferma in ricorso mancare al dispositivo dell'aggiudicataria, deve rilevarsi che la "*LIGATION tecnologia per la sintesi dei vasi*" è indicata fra le opzioni del dispositivo al punto 1.4 della scheda prodotto del BOWA ARC 400 offerto dall'aggiudicataria.

La ricorrente deduce ancora che relativamente al parametro "*Caratteristiche tecniche*", sottoparametro "*Sistemi di sicurezza e accessori*" in relazione al quale era prevista l'attribuzione di max 9 punti, il dispositivo della controinteressata otteneva un punteggio superiore al proprio nonostante mancassero in offerta gli accessori indispensabili per un corretto funzionamento.

Relativamente al parametro "*Altre caratteristiche*" "*Metodiche innovative*", al quale poteva essere attribuito un max di 6 punti, la ricorrente deduce ulteriormente l'irragionevolezza dell'attribuzione all'aggiudicataria del massimo punteggio previsto in ragione della sola presenza di "*istruzioni d'uso disponibili con tutorial video*" direttamente sul monitor *touch screen* che non rappresenterebbe una metodica chirurgica innovativa.

Per contro, al proprio dispositivo, in relazione al medesimo parametro, venivano attribuiti soli 3 punti nonostante la Commissione rilevasse che veniva offerta una "*apparecchiatura modulare*".

che consente l'aggiornamento e l'ampliamento delle funzioni", ovvero, una funzione indubbiamente innovativa così come era da considerarsi la funzione di "sintesi dei vasi", non adeguatamente considerata.

La censura è infondata.

Premesso che il prodotto offerto dall'aggiudicataria, come già rilevato, non poteva ritenersi incompleto degli accessori necessari e ribadito che la funzione "sintesi dei vasi non rappresentava un profilo differenziale delle due offerte essendo prevista anche nell'offerta dell'aggiudicataria, deve altresì rilevarsi che, sotto un primo profilo, il carattere innovativo delle soluzioni proposte dalla ricorrente viene dalla stessa affermato in forma generica offrendo una valutazione alternativa a quella espressa dalla Commissione ma in assenza di puntuali elementi a sostegno della tesi esposta; sotto altro profilo, la ricorrente muove dalla convinzione che la metodica innovativa apprezzabile in sede di gara dovesse essere necessariamente una metodica chirurgica: tesi non supportata dal dato testuale della disciplina di gara che si limita a prevedere l'apprezzamento di "Metodiche innovative" senza ulteriori specificazioni.

Sul punto deve inoltre rilevarsi che la caratteristica in questione (istruzioni d'uso disponibili con *tutorial* video direttamente sul monitor *touch screen* (che le resistenti indicano, con affermazione non contraddetta dalla ricorrente, come possibilità al momento presente sul solo dispositivo BOWA) rappresenta una soluzione che migliora la sicurezza e l'uso del dispositivo (peculiarità riconosciuta dalla stessa ricorrente a pag. 15 del ricorso) e non è presente nel dispositivo offerto dalla ricorrente.

In ogni caso si evidenzia che i 6 punti riportati dall'aggiudicataria in relazione al parametro in disamina sono irrilevanti ai fini del risultato di gara, atteso che il divario fra le valutazioni delle offerte tecniche, come già rilevato, è superiore (8 punti).

Per quanto precede il ricorso deve essere respinto con compensazione delle spese di giudizio fra le parti in ragione della specificità delle questioni oggetto del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente



Anna Maria Verlengia, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore