

Pubblicato il 30/04/2020

N. 00318/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00007/2020 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 per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7 del 2020, proposto da Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Calesella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Dario Meini e Alberto Besuzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Brescia, Borgo Pietro Wührer n. 81;

***per l'annullamento***

- della Determina Dirigenziale prot. n. 1921 del 25.11.2019 con cui l'A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia ha disposto l'«*aggiudicazione procedura per l'affidamento della*

*fornitura di dispositivi medici e materiali sanitari vari per un periodo di 72 mesi*”, pubblicata sull’albo pretorio il 26.11.2019;

- del Messaggio a mezzo Sintel prot. n. 86515/APPROVV/PE/ps del 29.11.2019 emesso dalla A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia, relativo alla “*Procedura aperta in forma aggregata per la fornitura di dispositivi medici e materiali sanitari – Comunicazione aggiudicazione ai sensi dell’art. 76, comma 5 del D.Lgs. 50/2016*”;

- del Verbale n. 2 del 3.10.2019 della Commissione Tecnica preposta alla valutazione della procedura aperta, parte integrante della D.D. prot. n. 1921 del 25.11.2019;

- del “*Verbale di apertura buste offerte e proposta di aggiudicazione*” del 17.10.2019, parte integrante della D.D. prot. n. 1921 del 25.11.2019;

- e di ogni altro atto e provvedimento prodromico, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Socio Sanitaria Territoriale - A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Elena Garbari nella camera di consiglio decisoria del giorno 22 aprile 2020, sostitutiva dell’udienza pubblica ai sensi dell’art. 84, commi 5 e 6, del d.l. 18/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Espone l’odierna ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta, in forma aggregata, indetta con decreto n.864 del 6 settembre 2018 dall’ASST Spedali civili di Brescia, in qualità di capofila, per la fornitura di dispositivi medici e materiali

sanitari vari per un periodo di 72 mesi, distribuiti in 40 lotti funzionali, presentando la propria offerta per il lotto n. 35 (cateteri nasali).

La stazione appaltante con determina dirigenziale prot. n. 1921 del 25 novembre 2019 ha deciso di non aggiudicare il lotto, in quanto l'offerta tecnica della ricorrente -unica partecipante- non ha raggiunto il punteggio minimo per la sufficienza in entrambi i parametri di valutazione (riguardanti, rispettivamente, le *caratteristiche tecniche* e le *caratteristiche funzionali dei dispositivi*).

La ricorrente deduce l'illegittimità degli atti gravati articolando cinque motivi di ricorso, così rubricati:

1. *violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 95 del D. Lgs. n. 50/2016.*
2. *violazione e falsa applicazione dei requisiti specifici relativi al lotto n. 35 individuati nel capitolato tecnico;*
3. *violazione e falsa applicazione dei criteri di aggiudicazione di cui agli artt. 9 e 10 del disciplinare di gara;*
4. *violazione degli artt. 1, 3 e 10 della L. n. 241/1990, degli artt. 24 e 97 della Costituzione;*
5. *eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche di: difetto di motivazione, genericità, illogicità ed irragionevolezza della motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti – violazione del dovere di trasparenza dell'azione amministrativa, difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta, sviamento di potere, falsità dei presupposti, illogicità valutazioni discrezionali da parte commissione di gara in ordine all'attribuzione punteggi all'offerta tecnica.*

Il complesso dei vizi denunciati è trattato peraltro unitariamente dall'esponente, che stigmatizza le incongruenze che inficerebbero il giudizio della commissione di gara, sia nella parte in cui attribuisce alla sua offerta tecnica un punteggio numerico, sia nella parte in cui esprime la relativa motivazione.

Le ragioni del giudizio negativo allegate dalla commissione sono le seguenti:

*“Durante il gonfiaggio delle due camere non si riesce ad ottenere un diametro corretto per la chiusura. Dopo la rimozione del tessuto emostatico si riscontra che la forma del palloncino non è*

*idonea. Durante l'uso, il dispositivo è difficile da posizionare per eccessivo ingombro, l'estensione della camera non è in grado di controllare il sanguinamento se non potenziato con altro materiale. Sia per la difficoltà del posizionamento (non posizionabile con pazienti con deviazione totale) sia per il fatto che spesso non è sufficiente per il controllo del sanguinamento. La funzionalità e la sicurezza sono buone per il rischio di ingestione e dislocazione del presidio. Manca però un sistema di bloccaggio dei cateteri che mantenga la tenuta del palloncino a livello”.*

Sostiene la ricorrente che le argomentazioni allegate a fondamento del giudizio di qualità insufficiente espresso dalla commissione sono apodittiche, generiche e stereotipate e non indicano quali caratteristiche dei prodotti siano ritenute in contrasto con il capitolato tecnico e con il disciplinare di gara. Inoltre, pur avendo la concorrente offerto 4 dispositivi medici, la commissione avrebbe esaminato un solo prodotto.

Smith & Nephew denuncia, inoltre, che le campionature dei dispositivi medici, durante la prova, non sarebbero state utilizzate correttamente secondo le indicazioni fornite nella relativa documentazione, ma sarebbero state manomesse, come risulta dal fatto che nel giudizio la commissione fa riferimento alla “rimozione del tessuto emostatico”.

Si è costituita l'intimata ASST precisando che:

- il lotto n. 35 (cateteri nasali) è articolato nei sub-lotti 35 A (catetere nasale) e 35 B (catetere nasale per epistassi);
- secondo la *lex specialis* ciascun lotto può essere aggiudicato (o non aggiudicato) solo nella sua interezza e non in modo parziale, frazionando i lotti;
- che la società ricorrente non ha presentato quattro prodotti bensì due, uno per ciascun sub-lotto, in particolare un catetere nasale in relazione al sub-lotto 35 A (in tre diverse misure) e un catetere nasale per epistassi in relazione al sub-lotto 35 B;
- che i prodotti offerti per il sub-lotto 35 A sono i medesimi già in uso presso l'ASST degli Spedali Civili, forniti dalla stessa ricorrente in esecuzione di un

precedente contratto di fornitura in scadenza, e pertanto le prove sono state effettuate solo sul campione di catetere per epistassi (35 B);

- che il giudizio formulato dalla commissione tecnica è tutt'altro che apodittico, ma articolato e puntuale, considerando il livello tecnico del dispositivo, la qualità del materiale, la sua consistenza.

Con ordinanza n. 31 del 24 gennaio 2020 l'istanza cautelare è stata respinta *“considerato che il danno allegato dalla ricorrente non ha i caratteri di gravità, attualità e irreparabilità, atteso che la società è l'attuale fornitrice del prodotto oggetto del sub-lotto 35 A fino alla nuova aggiudicazione e che la stessa potrà comunque partecipare alla successiva procedura ad evidenza pubblica che verrà bandita per il lotto in questione”*.

Con memoria di data 2 marzo 2020 l'ASST ha confermato che è in corso la procedura ristretta per *“l'affidamento della fornitura di cannule, cateteri, sonde, dispositivi specialistici per apparato cardiocircolatorio, gastrointestinale, urogenitale e nefrologia e relative eventuali apparecchiature per un periodo di 72 mesi”* bandita con Decreto del Direttore Generale n. 912 del 4 ottobre 2019 e che la ricorrente ha la possibilità di partecipare alla seconda fase della procedura e, quindi, di conseguire l'aggiudicazione della fornitura dei cateteri nasali per i quali ha radicato l'odierno giudizio.

Ha replicato la società ricorrente che allo stato non risulta pubblicato il disciplinare di gara né tantomeno il capitolato tecnico e che la nuova procedura è allo stadio delle mere manifestazioni di interesse.

La causa è stata trattenuta in decisione nella camera di consiglio decisoria del giorno 22 aprile 2020, sostitutiva dell'udienza pubblica ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del d.l. 18/2020.

DIRITTO

La società odierna ricorrente denuncia l'illegittimità della sua esclusione dalla gara bandita dalla ASST degli Spedali Civili di Brescia per la fornitura di cateteri nasali e in particolare della valutazione effettuata dalla commissione tecnica.

L'offerta della ricorrente ha conseguito infatti un punteggio di qualità insufficiente, riportando un totale di 28 punti su 70, dato dalla somma di 14 punti (su un massimo di 35) per il parametro n.1 (*Caratteristiche tecniche dei dispositivi*) e di 14 punti (su un massimo di 35) per il parametro n.2 (*caratteristiche funzionali del dispositivo*). La società stata quindi esclusa dalla gara in applicazione dell'art. 10 del Disciplinare, secondo cui *“saranno escluse le offerte che non avranno conseguito un punteggio pari ad almeno il 50% su ciascun parametro”*.

Lamenta la ricorrente, richiamando i singoli passaggi motivazionali della valutazione tecnica:

- che la commissione non ha espresso alcun parametro di correttezza del diametro delle camere né ha indicato se il diametro del prodotto sia troppo stretto o troppo largo;
- che il giudizio di inidoneità della forma del palloncino dopo la rimozione del tessuto emostatico è generico e soggettivo ed evidenzia che il prodotto è stato manomesso, rovinato e reso inutilizzabile;
- che il giudizio di difficoltà d'uso ha carattere soggettivo;
- che il giudizio secondo cui l'estensione della camera non sarebbe in grado di controllare il sanguinamento se non potenziato con altro materiale, nulla dice sulla quantità che il dispositivo non riesce a controllare, laddove un eccessivo sanguinamento potrebbe necessitare l'utilizzo di altro prodotto o l'esecuzione di altra operazione.

Di contro l'amministrazione evidenzia che in sostanza, il giudizio tecnico descrive *“un dispositivo troppo grande ed ingombrante che, per queste sue caratteristiche e per la discutibile qualità dei materiali, non in grado di contenere il sanguinamento, overosia di adempiere alla*

*propria funzione principale. La causa della difficoltà di posizionamento è ricollegata alle dimensioni eccessive del dispositivo che impediscono l'introduzione agevole del catetere nella cavità nasale, ne impediscono l'aderenza e, in caso di epistassi, la raccolta del sanguinamento.” E che “non esiste “un altro prodotto” utilizzabile per l'eccessivo sanguinamento poiché questa gara e questo lotto affideranno la fornitura di un catetere per epistassi in grado di affrontare ogni tipo di sanguinamento nasale, non solo quelli di ridotta entità”.*

Le censure mosse dalla società esponente, ancorché articolate almeno in rubrica quali censure in diritto, ineriscono invero al merito tecnico della valutazione di insufficienza del prodotto offerto, in quanto l'operatore economico contesta i singoli passaggi motivazionali del giudizio della commissione, al quale oppone critiche e osservazioni.

Peraltro, come noto, la discrezionalità tecnica è sindacabile in sede giurisdizionale nei limiti di un giudizio *ab estrinseco*, nei soli casi in cui il suo esercizio sia affetto da vizio di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione e nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti (*ex multis* T.A.R. Campania, Salerno Sez. I, 16 novembre 2018, n. 1652; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2015 n. 2098, id., Sez. III, 2 aprile 2015 n. 1741).

In particolare “*la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. (...) Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (v., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; Cons. St., sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572). (...) Ne deriva che, come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità,*

*dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto.*" (Consiglio di Stato sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058).

Nel caso di specie, nei limiti del sindacato di legittimità rimesso a questo giudice, si rileva peraltro che il giudizio espresso dalla commissione di gara risulta completo, intellegibile, preciso e coerente con il punteggio numerico corrispondentemente attribuito all'offerta della ricorrente. Non emergono dal suo esame travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale. Il catetere offerto da Smith & Nephew per il sub lotto 35 B è descritto come inidoneo all'uso in ragione del diametro troppo largo, di particolare ingombro e pertanto difficilmente maneggevole ed inefficiente nella gestione dell'epistassi. Né risulta dalla valutazione espressa dalla commissione che il campione sia stato danneggiato prima dell'uso, come denuncia l'esponente, atteso che l'affermazione secondo cui *““dopo la rimozione del tessuto emostatico si riscontra che la forma del palloncino non è idonea”* sembra di contro attestare che il tessuto emostatico è stato tolto dopo la prova d'uso al fine di valutare se le criticità riscontrate durante il gonfiaggio delle camere fossero dovute alla conformazione del palloncino.

La valutazione della commissione di gara risulta pertanto immune dai denunciati vizi.

Il ricorso è quindi infondato e va respinto.

La condanna alle spese segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della resistente amministrazione, che liquida in 2.000,00 (duemila//00) euro, oltre ad oneri dovuti per legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

Elena Garbari, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Elena Garbari**

**IL PRESIDENTE**

**Angelo Gabbricci**

IL SEGRETARIO