

Publicato il 21/07/2022

N. 01203/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00406/2022 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 il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 406 del 2022, proposto da Versan & Dafne S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Crosato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Integrata Verona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberta Sardos Albertini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cair Italia S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 101 del 1 febbraio 2022 con cui l'Azienda ospedaliera di Verona ha disposto l'aggiudicazione alla controinteressata del lotto 3 della procedura negoziata per la fornitura triennale di deflussori e accessori vari per infusione a seguito di esito deserto di precedente gara, comunicata con nota prot. 7917 del 4 febbraio 2022 e pubblicata sul profilo committente ai sensi

dell'art. 29 del codice degli appalti in data 9 febbraio 2022 con nota prot. 9324.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Integrata Verona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2022 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara bandita dall'Azienda ospedaliera di Verona per la fornitura di "Connettori Polivalenti" (lotto 3), insieme alla controinteressata e ad altre sei concorrenti.

Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante attribuzione di 70 punti per la migliore offerta tecnica (con riparametrazione a 70 nel caso nessuna concorrente avesse raggiunto il punteggio pieno) e 30 punti all'offerta economica.

La *lex specialis* prevedeva, quindi, la valorizzazione di ben sei parametri: Caratteristiche tecniche e praticità d'uso (15 punti), Letteratura a supporto della qualità del dispositivo offerto (5 punti), Efficacia della funzione di non ritorno del sangue (rif. 3.2), (15 punti), Disponibilità di tipologie trasparente (rif. 3.4), (15 punti), Disponibilità di codice colore (rif. 3.4), (15 punti) Confezionamento ed etichettatura, (5 punti). I punteggi avrebbero dovuto essere assegnati sulla scorta delle informazioni deducibili dalla documentazione tecnica presentata e dalle dichiarazioni delle ditte, nonché dalla valutazione dell'esito delle prove da effettuarsi sui campioni forniti dalle ditte. Ciononostante, a tutte le concorrenti è stato attribuito il punteggio di 65, poi riparametrato a 70.

Conseguentemente, considerato che per ogni elemento tecnico da valutare è stato attribuito ad ogni concorrente lo stesso punteggio, di fatto, l'offerta è stata aggiudicata alla concorrente che ha offerto il prezzo più basso.

Secondo parte ricorrente, però, l'offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa in ragione del fatto che la stessa avrebbe omesso di dichiarare il valore di resistenza della valvola di non ritorno, nonostante il capitolato speciale prevedesse, come requisito tecnico, un valore di massimo di 4 bar. Il dato, infatti, non poteva essere desunto dalla dichiarazione della Cair Italia, in quanto questa ha specificato solo la pressione di apertura e la pressione di esercizio (8 bar), ma non il valore richiesto dal capitolato. Se, invece, volesse ritenersi fornito il dato e, quindi, dovesse essere considerata la pressione di 8 bar, il requisito non sarebbe comunque stato rispettato.

Dunque, la commissione tecnica avrebbe illegittimamente omesso di effettuare la verifica della corrispondenza dell'offerta "ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara", così come richiesto dall'art. 94 del d. lgs. 50/2016.

Sarebbe, inoltre, stato violato l'art. 95 del codice degli appalti - espressamente richiamato dall'art. 63, comma 6 del codice, al cui rispetto, inoltre, la stazione appaltante si sarebbe autovincolata anche nella lettera d'invito - in considerazione del fatto che non può dirsi essere veramente intervenuta la valutazione della parte tecnica dell'offerta. Infatti, non solo secondo parte ricorrente è del tutto inverosimile che tutte e otto le imprese partecipanti abbiano ottenuto esattamente lo stesso punteggio per gli stessi elementi (il che dovrebbe indurre a dubitare della bontà dei parametri individuati nel bando per differenziare le offerte e valutarle), ma numerosi sarebbero i profili tecnici rispetto a cui il prodotto offerto dalla ricorrente avrebbe meritato un punteggio più elevato rispetto a quello assegnato alla controinteressata.

In particolare, secondo lo studio comparativo dei prodotti depositato in atti, il connettore offerto da Cair (il Cair Drive) non potrebbe essere considerato meccanicamente e clinicamente equivalente al connettore MicroClave offerto

dalla ricorrente. Inoltre la commissione non avrebbe valutato le caratteristiche migliorative dei connettori offerti da Versan & Dafne, ancorchè facilmente ricavabili dalla documentazione tecnica prodotta in gara, nonché la diversa resistenza alla pressione di ritorno dei due dispositivi offerti e l'offerta di un connettore totalmente trasparente, a differenza di quello offerto dalla controinteressata, che ha un elemento traslucido colorato di arancione e, dunque, facilmente confondibile con il sangue. Infine, lo stesso punteggio è stato attribuito anche per la letteratura a supporto della qualità, rappresentata da ben 40 elaborati (di cui 38 studi scientifici) esibiti dalla ricorrente, contro i sei di cui solo due studi scientifici, della controinteressata.

Tutto ciò sarebbe del tutto sufficiente a dimostrare il superamento della prova di resistenza, atteso che il divario di punti tra le due offerte è di solo 1,7.

Parte ricorrente ha, quindi, formulato una domanda di accesso agli atti per ottenere copia delle offerte presentate dalle altre partecipanti alla gara.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante sostenendo, in primo luogo, che il ricorso indugerebbe in valutazioni di merito attinenti alla discrezionalità tecnica che sfuggirebbero alla censura di legittimità. Il giudizio della commissione secondo cui tutte le offerte erano “operativamente analoghe” sarebbe, dunque, non censurabile. In ogni caso lo stesso giudizio sarebbe stato determinato “in ragione della sostanziale indifferenza di tali profili rispetto alla prospettiva valutativa funzionale di utilizzo clinico richiesta dalla *lex specialis*, ma anche in ragione della stessa tipologia di prodotti in considerazione, i quali, come indicato anche dal C.S.A., costituiscono materiale di consumo di utilizzo routinario in sala operatoria e, dunque, da gettare al termine di utilizzo” (terzo capoverso di pag. 6 della memoria).

Quanto al requisito mancante in relazione al prodotto offerto dalla controinteressata, si legge nella memoria, “il CSA non ha affatto chiesto come requisito «un valore di resistenza della valvola di non ritorno di massimo 4 bar», quanto, piuttosto, «un valore di resistenza alla pressione di ritorno di

massimo 4 bar».». Dunque, il «valore di resistenza della valvola di non ritorno» non sarebbe stato chiesto dal C.S.A..

La stazione appaltante insiste, inoltre, nel sostenere l'adeguatezza dei giudizi espressi e nell'affermare che l'attribuzione dei punteggi con uguali sintetiche motivazioni sarebbe inidonea a comprovare l'illegittimità dell'operato della Commissione come affermato da giurisprudenza consolidata (così come affermato nella sentenza del Consiglio di Stato, n. 8295/2020).

Accolta l'istanza cautelare - ritenendo il ricorso assistito da sufficiente *fumus boni iuris* sia laddove deduce un'illegittimità dell'aggiudicazione derivante dalla sostanziale disapplicazione del criterio di aggiudicazione, omettendo di dare rilevanza alla diversità delle offerte tecniche rappresentata, che in relazione alla non corretta valutazione degli aspetti tecnici e alla mancata esclusione dell'offerta della controinteressata – in vista dell'udienza pubblica la stazione appaltante ha pedissequamente ribadito quanto già affermato nella propria costituzione, così come parte ricorrente che ha insistito per l'accoglimento del gravame.

Alla pubblica udienza del 6 luglio 2022 la controversia, su conforme richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso merita positivo apprezzamento, ancorché non possa ritenersi fondata la prima censura, volta ad ottenere l'esclusione della controinteressata in ragione della pretesa mancata dichiarazione di un requisito essenziale, quale il “valore di resistenza della valvola di non ritorno di massimo 4 bar” (individuato come requisito a pena di esclusione, per il lotto 3, con riferimento alla valvola antireflusso dal punto Rif. 3.5., ultimo capoverso di pag. 5 del CS). Valore che, secondo quanto riportato in ricorso, avrebbe formato oggetto di apposita dichiarazione della ricorrente, ma non anche da parte della controinteressata.

Da un compiuto esame della documentazione depositata (e più in particolare della richiesta di riesame presentata dalla Versan & Dafne), proprio della fase

della trattazione del merito del ricorso, emerge, però, che, rispetto al criterio di valutazione della “efficacia della funzione di non ritorno di sangue”, la Versan ha dichiarato una “Resistenza alla pressione di ritorno” di 45 psi (corrispondente a 3,10 bar), mentre la Cair Italia avrebbe dichiarato una “Resistenza alla pressione di ritorno” di 38 psi, pari a 2,6 bar (dati posti alla base anche dello studio di confronto tra i prodotti offerti dalle due concorrenti).

Quindi, non corrisponde al vero il fatto che tale valore non sarebbe stato portato a conoscenza della commissione, in quanto il dato emerge dalla scheda tecnica relativa al prodotto offerto da Clair, da cui la stessa Versan ha tratto il dato comparato nel citato studio e nella richiesta di riesame (prodotta come documento 8 dalla ricorrente).

E che si tratti proprio dell’informazione tecnica richiesta a pena di nullità lo si può desumere dalle seguenti considerazioni: le valvole di ritorno, le quali consistono in dispositivi che vengono collocati su dispositivi aventi la necessità di controllo del fluido, con lo scopo di indurre lo scorrimento del flusso in una sola direzione, sono dette anche valvole di non ritorno, ma la loro efficienza è misurata in termini di resistenza alla pressione di ritorno. Requisito che, in entrambe le offerte, risulta rispettare il valore massimo, pari a 4 bar.

Dunque, il capitolato richiedeva il “valore di resistenza della valvola di non ritorno di massimo 4 bar” e le concorrenti hanno dichiarato una “Resistenza alla pressione di ritorno” inferiore ai 4 bar, così garantendo un’efficacia del loro prodotto rispettosa della caratteristica richiesta per la valvola di non ritorno.

Merita, invece, accoglimento la seconda doglianza, con la quale si lamenta la illegittima disapplicazione del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa a favore del criterio del prezzo più basso.

A tale proposito appare necessario preliminarmente chiarire che, contrariamente a quanto sostiene la stazione appaltante, quanto dedotto da

parte ricorrente in ordine alle migliori caratteristiche prestazionali del proprio prodotto non è finalizzato ad ottenere l'attribuzione di un diverso punteggio (e, dunque, non è nemmeno ipotizzabile una violazione dei limiti della discrezionalità tecnica della commissione), bensì a dimostrare che i prodotti offerti non hanno caratteristiche identiche rispetto ai parametri valutati e, dunque, non potevano essere premiati con gli stessi punti. Se, infatti, si dovesse ritenere, così come sostenuto dall'Azienda Ospedaliera, che l'avere caratteristiche più performanti per un prodotto che è qualificabile come materiale di consumo non produrrebbe alcuna utilità ai fini della stazione appaltante, allora la valorizzazione delle caratteristiche mediante la previsione di appositi criteri di valutazione per l'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa altro non sarebbe che una mera *fictio iuris*, lesiva della *par condicio* dei concorrenti.

Per evitare tale conclusione, con conseguente caducazione dell'intera gara, bisogna, quindi, ritenere che lo scopo della previsione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa fosse realmente quello di individuare il prodotto in grado di garantire la migliore combinazione tra qualità e prezzo più conveniente, il che rende sindacabile la logicità, nel caso concreto, dell'attribuzione dello stesso punteggio, da parte di tutti i componenti della commissione e in relazione a tutti i parametri, pur a fronte di prodotti con caratteristiche evidentemente differenti.

Come già anticipato, secondo la difesa della stazione appaltante ciò sarebbe dovuto all'irrilevanza delle migliori prestazioni offerte dai prodotti, in quanto "di consumo": una diversa resistenza alla pressione di ritorno, una durata di attivazione pari sempre a sette giorni, ma con la possibilità di 700 attivazioni, in luogo di 600, un flusso medio superiore, una pressione di iniezione più elevata e la facilità di pulizia sarebbero inutili nel caso di specie, essendo i prodotti destinati a un utilizzo usa e getta, prevalentemente in sala operatoria per anestesia endovenosa con pompa infusoriale a flusso controllato.

La tesi non pare, però, convincente. Le diverse caratteristiche considerate dalla *lex specialis* nell'elencare i diversi criteri di attribuzione del punteggio tecnico indicano una diversa qualità del prodotto che avrebbe dovuto formare oggetto di valutazione in applicazione del criterio di aggiudicazione, a prescindere dalle particolarità del futuro utilizzo, che non sono state prese in considerazione in sede di redazione del capitolato speciale di appalto che, invece, tende a premiare proprio quelle caratteristiche qualitativamente superiori dei beni che la stazione appaltante sostiene non sarebbero rilevanti. Dunque, considerato che il Capitolato speciale non conteneva alcun riferimento all'uso del materiale di consumo in una prevalente prospettiva di usa e getta, tutto quanto sostenuto dalla stazione appaltante in ordine all'irrilevanza delle caratteristiche tecniche (peraltro, si ripete, entrando in conflitto con la prevista valorizzazione delle stesse mediante l'attribuzione di diversi punteggi) non poteva essere conosciuto dai concorrenti. I connettori di chiusura punto vena per prelievo ed infusione sono, infatti, per loro natura materiale di consumo, ma ciò non significa che non siano rilevanti la durata e la capacità di infusione nei molti utilizzi che li stessi possono avere al di fuori della sala operatoria, tant'è che il capitolato speciale correlava a caratteristiche più performanti punteggi più elevati.

Ne discende che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Azienda sanitaria, la lamentata «attribuzione indistinta di pari punteggio, a tutte e per tutti i criteri previsti dalla lettera d'invito, con uguali sintetiche motivazioni» non integra un mero vizio formale nella redazione del verbale, bensì comporta, in assenza di qualsiasi motivazione esplicitata e di qualsiasi prova offerta in relazione alla reale equivalenza dei prodotti, la dimostrazione della disapplicazione del criterio di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis*.

Il Collegio non ignora, a tale proposito, la giurisprudenza riportata anche da parte ricorrente secondo cui: «la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio» ... « non è ex se indice di illegittimità, per la stringente ragione che essa prova troppo,

non essendo nemmeno sufficientemente chiaro il punto di caduta di tale rilievo censoreo ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo. Proprio il deciso ripudio di ogni logica rispondente ad un pericolo astratto ... deve dunque indurre a ritenere che l'espressione di un giudizio identico, singolarmente o complessivamente, da parte di tutti i commissari, sia la conseguenza di un dialettico confronto, in seno alla Commissione giudicatrice, anziché la manifestazione di una evidente parzialità nei confronti di un'offerta rispetto ad un'altra, in assenza di un qualsivoglia principio di prova che lasci ritenere simile giudizio, da parte di tutti i commissari, come una valutazione precostituita, frutto non già del libero convincimento di ciascuno di essi, poi confluito in un unanime complessivo giudizio, ma di un atteggiamento acritico, illogico, ingiusto o, ancor peggio, parziale o preconconcetto» (Cons. Stato, Sez. III, n. 8295/2020 e giurisprudenza ivi richiamata)".

Ciononostante, quanto prodotto in giudizio (comparazione tra i prodotti schematicamente operata dalla ricorrente, comparazione tra i prodotti effettuata nell'ambito di studi scientifici, schede tecniche dei prodotti) consente di escludere la logicità e ragionevolezza dell'attribuzione di un identico punteggio nella fattispecie in esame, quantomeno con riferimento ai prodotti offerti dalle due ditte parti in causa.

Le diverse caratteristiche di essi dimostrano che l'attribuzione dello stesso punteggio a tutti i prodotti non si è limitata a determinare un pericolo astratto, ma ha ingenerato una lesione concreta, in quanto la previsione della valutazione (con l'attribuzione di diverso punteggio) delle diverse caratteristiche tecniche dei prodotti offerti ha indubbiamente indotto la concorrente ad offrire in gara il connettore caratterizzato dalle migliori caratteristiche tecniche, cui si accompagna, normalmente, un prezzo più elevato. La mancata valutazione delle maggiori prestazioni tecniche ha, quindi, determinato, in concreto, la penalizzazione la doppia penalizzazione del costo

maggiore a ciò rapportato (in termini di identico punteggio tecnico che non può compensare il minor punteggio economico).

La lesività dell'illogica attribuzione dello stesso punteggio è, dunque, ravvisabile con riferimento alla mancata differenziazione dello stesso in relazione, ad esempio, alla totale trasparenza del prodotto offerto dalla ricorrente (considerata una caratteristica rilevante) a fronte di una sola parziale di quello dell'aggiudicataria (che ha una parte arancione, la quale potrebbe indurre confusione), ovvero alle pubblicazioni scientifiche relative al prodotto (prodotte in numero notevolmente superiore dalla ricorrente).

Ancora più illogica appare l'attribuzione dello stesso punteggio pur a fronte di una diversa resistenza alla pressione di ritorno (di cui si è già ampiamente detto), visto lo studio di raffronto nel quale il prodotto della ricorrente è stato comparato proprio con quello della controinteressata: ICU Medical, produttrice del connettore offerto dalla ricorrente, infatti, ha ivi evidenziando le ragioni per cui i due prodotti non possono essere ritenuti equivalenti (studio prodotto sub documento 11 allegato alla produzione di parte ricorrente).

La stessa differenza dimostrata da parte ricorrente con riferimento a tutti i parametri valutati consente, pertanto, pur nel rispetto del limite posto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, di ravvisare quella illogicità e ingiustizia sintomatiche di una valutazione precostituita.

Dunque, in linea con il principio affermato da TAR Milano nella recente sentenza n. 150/2022, secondo cui nemmeno la previsione di criteri quantitativo-tabellari di tipo on/off è dunque di per sé stessa illegittima, quando il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma può diventarlo ove l'utilizzo massivo degli stessi sia idoneo a neutralizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta e a dirottare la valutazione esclusivamente sugli aspetti quantitativi, sostanzialmente dissimulando l'utilizzo del criterio del prezzo più basso, nella fattispecie deve essere ravvisata un'analogia deviazione dalla schema tipico dell'operare del

criterio previsto. È la stessa amministrazione, infatti, come già più sopra ricordato, a sostenere che le specifiche caratteristiche del prodotto sono state di per sé ritenute irrilevanti per gli interessi della stazione appaltante, con la conseguenza che il criterio di aggiudicazione prescelto è stato, di fatto, neutralizzato per lasciare spazio al criterio del prezzo più basso, così violando la *lex specialis* e la *par condicio* tra i partecipanti.

Ne deriva l'illegittimità dei provvedimenti impugnati e la loro caducazione, con conseguente obbligo di ripetizione della gara. Infatti, dal momento che, in relazione agli appalti, la necessità di garantire la segretezza delle offerte economiche esclude (anche nel caso di sostituzione della commissione) la possibilità di una nuova valutazione di quelle tecniche, che potrebbe risultare inficiata dalla conoscibilità delle prime (da ultimo Cons. Stato, 2819/2021), la gara deve essere integralmente rinnovata con riferimento al lotto n. 3, la cui aggiudicazione è stata impugnata.

Così accolto il ricorso, va dato conto che l'istanza di accesso agli atti formulata da parte ricorrente è già stata rigettata con ordinanza di questo Tribunale n. 439/22 e sarebbe, comunque, alla luce dell'esito positivo della domanda caducatoria, improcedibile per carenza di interesse concreto e attuale.

Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Condanna la stazione appaltante al pagamento delle spese del giudizio, a favore della società ricorrente, nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO