

Publicato il 28/10/2020

N. 04909/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01540/2020 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1540 del 2020, proposto da Tegea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Micaela Grandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Aorn S. Anna e S. Sebastiano di Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Chiara Di Biase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Smith & Nephew S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento:

- della Deliberazione del Commissario Straordinario n. 196 del 24/2/2020 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione del lotto n. 2 della procedura di affidamento della fornitura annuale, ai sensi dell'art. 36, c. 2, D. Lgs. 50/2016, mediante Rdo N. 2446233 su Me.pa. Consip di medicazione a pressione negativa, alla Smith & Nephew s.r.l.;

- del verbale n. 1 e del verbale n. 3 della Commissione tecnica nella parte in cui assegna i punteggi al prodotto offerto dalla Smith & Nephew s.r.l. e non esclude la medesima dal predetto lotto;
 - del verbale n. 4 del 16.04.2020 di esame dell'istanza di Tegea di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e di conferma delle decisioni precedentemente assunte;
 - di ogni altro atto, ancorché non conosciuto, comunque propedeutico, consequenziale e/o connesso con i precedenti;
- e, in ogni caso, per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato e per la reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione del lotto n 2 a Tegea s.r.l. e stipula del contratto per tutto il periodo previsto o, in subordine, per il subentro della ricorrente nel contratto eventualmente già stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aorn S. Anna e S. Sebastiano di Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2020 la dott.ssa Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente (di seguito T.) ha impugnato gli esiti della procedura di affidamento della fornitura annuale di un “sistema di medicazione a pressione negativa, fisso e portatile, per il trattamento di ferite e incisioni in presenza di strutture nobili (anse esposte, fistole enteriche, tendinee e vasi)”, costituente il lotto n. 2, per un importo a base d'asta di euro 70.000,00, della procedura indetta dall'Amministrazione resistente in data 14.11.2019, avviata su Me.pa. a mezzo Rdo n. 2446233, aggiudicata alla controinteressata (di seguito S.) secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Spiegava la ricorrente che l'oggetto del lotto riguardava, nello specifico, la fornitura di kit di medicazione e il comodato d'uso gratuito dell'unità motore del sistema a pressione negativa; orbene, la Commissione tecnica, nella seduta riservata n. 3 del 23.1.2020, anziché escludere la controinteressata S. per una "macroscopica non rispondenza del prodotto offerto rispetto all'oggetto del lotto 2", attribuiva i punteggi alle offerte tecniche, assegnando alla ricorrente punti 77 e alla controinteressata punti 55, 30; all'esito dell'apertura delle offerte economiche, tuttavia, la S. sopravanzava la ricorrente, conseguendo il complessivo punteggio di 85,30 (55,30 per l'offerta tecnica + 30 per l'offerta economica), a fronte di un punteggio di 85,17 conseguito dalla ricorrente (70 per l'offerta tecnica + 15,17 per l'offerta economica); seguiva l'aggiudicazione alla S. con deliberazione del commissario straordinario n. 196 del 24.2.2020; la ricorrente inoltrava, allora, due istanze di accesso e, all'esito dell'ostensione richiesta, formulava istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta, non positivamente esitata dall'azienda.

1.2. Da qui il ricorso che deduce: Violazione di legge per violazione degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 1, 3 e 22 L. 241/90, degli artt. 22, 29, 30, 36, 53, 68 e 93 D.lgs. 50/2017. Eccesso di potere per incompetenza, difetto di motivazione, violazione della lex specialis di gara, disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, difetto di istruttoria, sviamento di potere, cattivo uso del potere, nonché per violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, del principio di trasparenza, di par condicio e delle norme della lex specialis di gara: secondo la ricorrente, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver offerto un prodotto diverso rispetto alle indicate specifiche tecniche e addirittura incompatibile con l'uso che la Stazione appaltante intende farne; la ricorrente spiegava che il sistema a pressione negativa richiesto per il lotto n. 2 è finalizzato alla cura delle ferite nelle quale vi sono parti del corpo esposte, e dunque situazioni di particolare gravità e complessità; il detto sistema è composto dei seguenti elementi: una

apparecchiatura (c.d. unità motore), una parte applicata alla ferita (c.d. kit di medicazione), un tubo integrato nella parte applicata che veicola l'essudato ad un contenitore di raccolta; il prodotto offerto dalla controinteressata è quello denominato "Renasys" in combinazione con una medicazione avanzata denominata "Acticoat"; orbene, il sistema Renasys non trova applicazione per il trattamento di ferite e incisioni in presenza di strutture nobili, anse esposte, fistole enteriche, tendinee e vasi, posto che uno dei kit offerti (il kit sterile di medicazione in garza per terapia a pressione negativa con Soft port), secondo la scheda tecnica allegata al progetto, trova applicazione per le ferite "croniche, acute, traumatiche, subacute, deiescenti, ulcere, ustioni a spessore parziale, lembi e innesti cutanei", cioè per lesioni completamente differenti rispetto a quelle che il Sistema da acquisire con il lotto n. 2 vorrebbe curare, posto che la medicazione offerta reca, tra le controindicazioni, proprio, tra l'altro, arterie, vene e organi o nervi esposti, nonché siti anastomotici esposti; l'altro kit offerto, il kit in di medicazione in garza per terapia a pressione negativa con Soft Port, reca anch'esso, tra le controindicazioni, l'utilizzo su tessuto arterioso, vene, organi o nervi esposti, fistole non enteriche e non esplorate, siti anastomotici; quanto all'unità motore Renasys Touch, anch'essa reca tra le controindicazioni arterie, vene, organi, e nervi esposti, fistole non enteriche e non accertate, siti anastomotici; dunque, argomentava la ricorrente, l'unità motore e i due kit di medicazione del sistema Renasys offerti non sono compatibili con le caratteristiche del prodotto richiesto per il lotto n. 2; inoltre la medicazione Acticoat, di cui si compone il Sistema Renasys, contiene argento, in difformità con la lex specialis di gara che prescriveva che il prodotto relativo al lotto 2 appunto non ne contenesse (nella descrizione del lotto risultante dai dati generali della fornitura del Rdo è infatti scritto "medicazione in schiuma di poliuretano non contenente argento"), mentre Acticoat è proprio una barriera antimicrobica con Nanocristalli d'argento per le ferite con anse esposte, e del resto la prescrizione di gara è del tutto ragionevole perché l'argento è controindicato

in caso di utilizzo prolungato, potendo creare sensibilità e intolleranza; il sistema offerto dalla controinteressata, integrato dalla combinazione con il motore Renasys e la medicazione Acticoat, non può neppure essere considerato un sistema a pressione negativa, perché Acticoat non fa parte di un sistema a medicazione a pressione negativa ma ha la sola funzione di essere posizionato sulle ferite e, peraltro, impedisce la formazione di un nuovo tessuto di granulazione, che è lo scopo del sistema; la medicazione proposta, al contrario, riduce il drenaggio e l'eliminazione dei fluidi e dunque l'efficacia della terapia; la controinteressata avrebbe dunque dovuto essere esclusa dalla procedura di gara per violazione dell'art. 68, D.lgs. 50/2016, ai sensi del quale “ ... le specifiche tecniche (...) sono inserite nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture”, e stante la mancata corrispondenza tra lex specialis e offerta in violazione dell'articolo 94, comma 1, lett. A) del Codice dei contratti pubblici; il prodotto offerto dalla controinteressata configura un aliud pro alio, che avrebbe dovuto condurre all'esclusione dalla gara.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso, nel senso dell'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente subentro di essa ricorrente nel contratto, e dell'istanza cautelare incidentalmente proposta.

1.3. Si costituiva l'azienda resistente, chiedendo dichiararsi il ricorso irricevibile per tardività, con riguardo alla sua proposizione oltre il termine di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione di cui all'art. 76 d.lgs. 50/2016, e comunque dopo la stipula del contratto, e comunque infondato nel merito.

Con Ordinanza n. 1140/2020, il Collegio respingeva l'istanza cautelare, sollecitando l'Amministrazione resistente a rendere chiarimenti.

All'esito della pubblica udienza del 20 ottobre 2020, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

2. Sono contestati gli esiti della procedura di affidamento della fornitura del sistema a pressione negativa, lotto n.2, indetto dall'Amministrazione resistente, aggiudicato alla controinteressata.

- 2.1. Può anzitutto prescindersi dall'eccezione di tardività spiegata dalla difesa resistente, essendo il ricorso infondato nel merito.
- 2.2. La ricorrente, con l'unico motivo dedotto, prospetta l'illegittimità dell'aggiudicazione dovendo invece la controinteressata essere esclusa per aver fornito un prodotto non conforme alle specifiche tecniche e comunque inadatto alla funzione svolta dal prodotto richiesto in fornitura.
- 2.3. Giova evidenziare che la fornitura richiesta riguardava un "sistema di medicazione a pressione negativa, fisso e portatile, per il trattamento di ferite e incisioni in presenza di strutture nobili (anse esposte, fistole enteriche, tendinee e vasi)", composto di apparecchiature, kit di medicazioni completo e contenitori (cfr. disciplinare, allegato 003 della produzione di parte ricorrente).
Il verbale di seduta riservata n. 3 del 23.1.2020 dà conto dell'esame degli elementi valutabili da parte della commissione; il successivo verbale in data 16.4.2020 dà poi conto del riesame operato dalla commissione a seguito dell'istanza in autotutela proposta dalla stessa ricorrente nel senso che "risulta evidente che l'apparecchiatura motore Renasys Touch, proposta dalla soc. Smith & Nephew, in assenza di appropriata medicazione non possa essere utilizzata e da qui la dichiarazione del divieto di utilizzo, premesso altresì che l'applicazione sulle specifiche strutture a carattere necrotico (vascolarizzate o meno) non trova alcuna corretta applicazione, dall'analisi delle schede tecniche e delle dichiarazioni allegate alla relazione tecnica riferita al prodotto proposto dalla S&N, appare chiaramente la conformità dell'intero sistema"; tale valutazione era infine ribadita nel verbale di seduta riservata n. 5 del 2.9.2020, redatto all'esito della richiesta di chiarimenti da parte del Collegio, nel senso che "la valutazione deve essere necessariamente operata nella totale configurazione del prodotto offerto e non già nel singolo accessorio e/o componente".
- 2.4. Osserva il Collegio, in linea generale, che la valutazione di idoneità delle offerte, come l'attribuzione dei punteggi, rientra nell'ampia discrezionalità

tecnica riconosciuta alla commissione giudicatrice, organo tecnico competente, per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica operata, per come risultante dagli atti di gara e di causa, di norma devono ritenersi inammissibili le censure che impingono nel merito di valutazioni per loro natura opinabili (cfr. Cons. di Stato, III, n. 330/2020).

Più puntualmente, il Consiglio di Stato ha precisato che, a fronte di censure circa la qualità tecnica dell'offerta dell'aggiudicataria, in astratto idonee a superare la c.d. prova di resistenza, e tanto più, aggiunge il Collegio, ove prospettanti la doverosità della sua esclusione, ferma l'impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo, i limiti del sindacato giurisdizionale si fermano ad un "sommario, essenziale, esame delle stesse", dal quale "si evinca motivatamente che dette censure non disvelano un'abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento di fatto" (cfr. Cons. di Stato, VI, n. 6753/2020).

2.5. Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche, ritiene il Collegio che i rilievi sollevati dalla ricorrente e compendati nell'unico motivo di ricorso, non siano idonei a superare la valutazione tecnica operata dalla commissione giudicatrice, in quanto non rappresentativi della richiesta abnormità o illogicità della valutazione.

Invero, la ricorrente ha censurato il prodotto offerto dalla aggiudicataria, deducendo che lo stesso sarebbe non conforme, come si evincerebbe dalla pretesa inidoneità sia del motore Renysis, di cui le schede tecniche rappresentano la controindicazione rispetto all'applicazione su lesioni del tipo di quelle che si intendono curare con il sistema richiesto, sia della medicazione congiuntamente proposta (Acticoat), che, in difformità delle specifiche richieste nel disciplinare, conterrebbe argento e dunque non sarebbe idoneo, del pari, alla cura delle lesioni previste.

L'Amministrazione, che aveva viceversa, già in prima battuta, ritenuto il prodotto idoneo, ha chiarito, a seguito della espressa richiesta del Collegio (di cui all'Ordinanza n. 1140/2020), che la valutazione di "idoneità" doveva

intendersi, ed era effettivamente stata resa, non già sulla singola componente offerta, ma sul “sistema nel suo complesso”.

Ne discende che la contestazione mossa, giacché incentrata sulla pretesa inidoneità della singola componente del sistema, non è idonea a inficiare, sul richiesto piano della abnormità o illogicità, la valutazione operata dalla commissione, che resta, alla stregua del sindacato ab extrinseco consentito al giudice di legittimità, immune dalle sollevate censure.

Né, d'altronde, tale valutazione può censurarsi per palese illogicità o abnormità con riguardo ai singoli elementi considerati e risultanti nelle specifiche tecniche dei prodotti singolarmente offerti, dovendosi, appunto come ritenuto dalla commissione di gara, considerarsi il sistema nel suo complesso, giudicato idoneo con valutazione neppure contestata nella sua globalità.

2.6. Venendo, più in dettaglio, a esaminare la rappresentata inidoneità del prodotto, e ad escludere la palese illogicità e abnormità della valutazione operata dalla commissione di gara, giova considerare anzitutto che le griglie di attribuzione dei punteggi, individuavano gli elementi in presenza dei quali sarebbe stato assegnato il punteggio per le singole sottovoci, secondo il criterio on/off ovvero proporzionale, che, tra gli altri, prevedeva specificamente, al punto 2.4., la presenza di “spugna di poliuretano con argento o antimicrobica”, cui attribuire, con punteggio tabellare in caso di riscontrata presenza, 3 punti.

Tale rilievo esclude che la presenza di argento nel prodotto ne determini la non conformità ovvero la inidoneità, essendo stata, al contrario, tale caratteristica espressamente considerata ai fini valutativi a significarne la equivalenza qualitativa.

Quanto, invece, alla pretesa inidoneità del motore Renasys, la commissione di gara ha non illogicamente considerato che lo stesso, certamente non utilizzabile ex se (e cioè, per sé solo) per la cura delle lesioni in questione, può tuttavia ben essere compreso in un “sistema a pressione negativa”,

congiuntamente ad una adeguata medicazione posta a contatto con la lesione. Quanto a quest'ultima, nello specifico la medicazione Acticoat, la stessa scheda tecnica prodotta in giudizio da parte ricorrente dà conto che il prodotto può essere utilizzato come strato di contatto con la lesione proprio in associazione alla terapia con pressione negativa (NPWT) per un periodo massimo di 3 giorni (scheda tecnica Acticoat, allegato 18 della produzione di pare ricorrente).

Infine, non ha pregio la deduzione ricorrente circa la non qualificabilità del prodotto offerto dalla controinteressata come "sistema", posto che gli atti di gara non richiedevano affatto un complesso di elementi e meccanismi preassemblato e destinato a particolari fini tecnici, come sembra prospettare la ricorrente, ma una mera connessione di elementi da unificare in un tutto organico e funzionalmente unitario, da valutare, non a caso, ad ulteriormente escludere la richiesta di un sistema preconstituito, per singoli elementi, come si evince dalla richiamata griglia di valutazione.

Le considerazioni che precedono valgono a fugare i residui rilievi prospettati a revocare in dubbio la logicità e non abnormità della valutazione operata.

2.7. Il ricorso deve pertanto essere respinto, in quanto infondato.

3. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nell'importo in dispositivo fissato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - NAPOLI (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore dell'Amministrazione resistente, che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 (tremila,00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente, Estensore

Pierluigi Russo, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO