

Pubblicato il 28/09/2020

**N. 05711/2020REG.PROV.COLL.
N. 04014/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4014 del 2020, proposto da Applied Medical Distribution Europe B.V., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Gaetano Alfarano, Maria Grazia Lanero e Stefano Cunico, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Regione Veneto, Unità Organizzativa Acquisti Centralizzati Ssr - C.R.A.V. non costituiti in giudizio;

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Alfredo Bianchini, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Venezia, Piazzale Roma 464;

nei confronti

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Andrea

Lazzaretti in Roma, largo di Torre Argentina 11;

Medtronic Italia S.p.A., Olympus Italia S.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza resa in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 408/2020, resa tra le parti, con cui era respinto il ricorso introduttivo proposto per l'annullamento, limitatamente al lotto 4:

a) del provvedimento di esclusione dalla gara comunitaria a procedura aperta telematica per la fornitura triennale di dispositivi ad ultrasuoni e radiofrequenza per emostasi vasale, in fabbisogno alle Aziende sanitarie della Regione Veneto e l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento APSS, di cui alla comunicazione del 10 gennaio 2020, trasmessa da Azienda Zero in pari data tramite sistema Sintel e PEC ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016;

b) dei verbali di gara relativi alle sedute riservate della Commissione Giudicatrice dell'11 giugno 2019, del 24 settembre 2019, del 30 settembre 2019, dell'11 ottobre 2019, del 10 dicembre 2019, del 19 dicembre 2019 e relativi allegati, dell'8 gennaio 2020 e del 10 gennaio 2020;

c) di tutti gli atti della procedura e, in particolare, del bando di gara, del capitolato Tecnico, del capitolato d'oneri, del disciplinare e dei relativi allegati;

d) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni *ex art.* 30 del d.lgs. n. 104/2010 in forma specifica mediante la riammissione in gara dell'istante ovvero, in subordine, per equivalente pecuniario;

ed i motivi aggiunti

a) del verbale del 4 marzo 2020, trasmesso da Azienda Zero in data 10 marzo 2020 tramite sistema Sintel e PEC, con il quale il Seggio di gara, in seduta riservata, sulla base della nuova formulazione dei giudizi di valutazione qualitativa relativamente ai lotti 2 e 4 espressi dalla Commissione giudicatrice

nella seduta del 12 febbraio 2020, ha confermato l'esclusione della istante dalla gara comunitaria a procedura aperta telematica per la fornitura triennale di dispositivi ad ultrasuoni e radiofrequenza per emostasi vasale, in fabbisogno alle Aziende sanitarie della Regione Veneto e l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento APSS;

b) dei verbali relativi alle sedute riservate della Commissione giudicatrice del 12 febbraio 2020 e del 6 marzo 2020 nonché dei verbali delle prove pratiche;

c) del verbale del RUP del 12 febbraio 2020 con il quale quest'ultimo ha chiesto alla Commissione giudicatrice di riesaminare le valutazioni formulate relativamente ai lotti nn. 2 e 4;

d) della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 148 del 18 marzo 2020 di aggiudicazione della gara in conformità alla graduatoria allegata al suddetto provvedimento (Allegato A) quale sua parte integrante e sostanziale, trasmessa a mezzo Sintel e PEC in data 20 marzo 2020;

e) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per la declaratoria di inefficacia delle convenzioni nelle more eventualmente stipulate tra Azienda Zero e le aggiudicatriche del lotto 4, dichiarando la disponibilità al subentro a norma degli articoli 122 e 124 del d.lgs. n. 104/2010 e per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ex art. 30 del D.lgs. n. 104/2010 in forma specifica mediante la riammissione in gara della istante e conseguente aggiudicazione ovvero, in subordine, per equivalente pecuniario;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Zero e di Johnson & Johnson Medical S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Gaetano Alfarano, Stefano Cunico, Alfredo Bianchini e Mario Zoppellari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La controversia in esame attiene alla gara a procedura aperta telematica indetta dall'Azienda Zero in qualità di Centrale di Committenza della Regione Veneto. Essa è suddivisa in 4 lotti per l'affidamento della fornitura di dispositivi ad ultrasuoni e radiofrequenza per emostasi vasale, in fabbisogno alle Aziende sanitarie della Regione.

Con il ricorso in appello, indicato in epigrafe, Applied premette di aver presentato un'offerta, per quanto qui di interesse, relativamente al lotto 4 della gara avente ad oggetto la fornitura di *“Sistemi di sintesi e coagulazione vasale/tessutale a differenti energie (ultrasuoni/radiofrequenza/combinata) per la chirurgia di superficie (forbice)”* per un valore posto a base di gara pari ad Euro 6.093.120,00 (per il primo triennio), proponendo il proprio dispositivo denominato “Voyant”. Poiché era esclusa per non aver superato la soglia di sbarramento minimo di 42 punti fissata dal disciplinare, a seguito, peraltro, della riconvocazione della Commissione per un riesame dei giudizi espressi nel verbale del 19 dicembre 2019 avvenuto in data 12 febbraio 2020, censura la sentenza di primo grado, con cui erano respinti il ricorso ed i motivi aggiunti proposti ad esito dell'accesso ai verbali delle prove pratiche eseguite tra luglio e novembre 2019 sulla campionatura prodotta dalle ditte concorrenti, tesi a contestare l'esito della valutazione, le modalità della procedura ed in particolare il riesame da parte della Commissione, di cui al verbale del 12 febbraio 2020.

Il primo giudice respingeva le diverse censure proposte dall'odierna appellante, evidenziando, tra l'altro:

- l'infondatezza del vizio di incompetenza della Commissione giudicatrice, in quanto si verterebbe, nel caso che occupa, dell'ipotesi del mancato raggiungimento, da parte di un'offerta tecnica, della soglia minima qualitativa stabilita dalla legge di gara;
- l'irrilevanza dell'orario di comunicazione sul portale Sintel dell'apertura dell'offerta economica della Ditta Olympus (in un momento anteriore

rispetto alla deliberazione del Seggio di gara);

- la correttezza della rivalutazione del punteggio, in un momento anteriore alla conclusione della procedura, con valore, dunque, endoprocedimentale;
- l'insindacabilità – al di fuori del perimetro della ragionevolezza e della logicità – del merito tecnico di cui alle valutazioni dei contenuti dell'offerta tecnica;
- la discrezionalità del giudizio espresso dalla Commissione sulla base dei parametri indicati nella legge di gara;
- la legittimità della presenza di ausiliari durante i lavori.

Avverso la sentenza di prime cure l'appellante deduce principalmente l'erroneità nella parte in cui non ha tenuto nella dovuta considerazione l'asserita incontrovertibile circostanza di fatto che i verbali delle prove pratiche, tardivamente prodotti dalla Azienda, non recherebbero indicazione delle relative risultanze, con la conseguente impossibilità per la ricorrente di conoscere (ed eventualmente contestare) i giudizi espressi dai medici specialisti intervenuti alle prove medesime, vale a dire i soggetti che hanno fisicamente testato i dispositivi offerti dalle singole imprese per i diversi lotti.

Tale omissione inficerebbe l'intera attività di valutazione delle offerte tecniche operata dalla Commissione giudicatrice, che su tali prove ha basato i propri giudizi sia nella seduta del 19 dicembre 2019 che del 12 febbraio 2020.

Secondo la prospettazione dell'appellante, l'Organo tecnico, al solo scopo di difendere il proprio precedente operato, avrebbe strumentalmente introdotto nel verbale del 12 febbraio 2020 nuovi profili di criticità del prodotto offerto da Applied, tutti esclusivamente ancorati alle risultanze delle prove pratiche. La semplice comparazione delle nuove valutazioni della Commissione con quelle dalla stessa precedentemente assunte nella seduta del 19 dicembre 2019 evidenzerebbe, inoltre, come l'Organo tecnico abbia epurato i propri precedenti giudizi dai profili di illegittimità denunciati dall'appellante con il ricorso introduttivo senza, tuttavia – ed in ciò si appaleserebbe la manifesta irragionevolezza - modificare i relativi punteggi.

Propone, dunque i motivi di appello di seguito indicati.

I - *Error in iudicando* in relazione al motivo sub C – n. XII del ricorso per motivi aggiunti di primo grado in merito alle modalità di svolgimento delle prove pratiche dei dispositivi e alla mancata verbalizzazione dei relativi esiti per violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 3 della l. n. 241/1990 e dell'art. 9 del capitolato Tecnico, nonché per eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed irrazionalità della procedura di valutazione delle offerte tecniche.

II. *Error in iudicando* in relazione al motivo sub B – n. IX del ricorso per motivi aggiunti di primo grado, in merito alla ripetizione del giudizio da parte della Commissione giudicatrice sulla base delle pregresse prove pratiche non verbalizzate e senza alcuna variazione del punteggio attribuito ad Applied, per violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara e dall'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, nonché per eccesso di potere per errore di fatto e difetto di istruttoria, per manifesta contraddittorietà, sviamento di potere ed illogicità della motivazione; violazione dei principi di par condicio e del giusto procedimento.

III. *Error in iudicando* in relazione al motivo sub B – n. VIII del ricorso per motivi aggiunti di primo grado in merito alla rinnovata esclusione di Applied prima dell'apertura della seduta del Seggio di Gara per violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del disciplinare di gara e degli art. 32 e 77 del d.lgs. n. 50/2016, nonché per eccesso di potere per illogicità e manifesta contraddittorietà della motivazione, violazione dei principi di collegialità della decisione e del giusto procedimento.

IV. *Error in iudicando* in relazione al motivo sub B – nn. da IX.1 a IX n. 5 del ricorso per motivi aggiunti di primo grado, in merito all'asserita abnormità della valutazione di merito operata dalla Commissione giudicatrice per violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara e dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, nonché per eccesso di potere per errore di fatto e difetto di istruttoria, per manifesta contraddittorietà, sviamento di potere ed

illogicità della motivazione; violazione dei principi di par condicio e del giusto procedimento.

In particolare, l'appellante si sofferma sui seguenti profili.

1) Con riferimento al primo criterio *“funzionalità del sistema ed efficacia emostatica”*.

In proposito il giudice di primo grado ha affermato che non sussisterebbe alcuna contraddittorietà o contraddizione tra i due giudizi resi dalla Commissione, in quanto in entrambi sarebbe stata *“verificata una scarsa funzionalità nel dispositivo (risultando in particolare l'emostasi e la dissezione lente e poco precise) in sede di prova pratica”*, con la conseguenza che l'*“integrazione della motivazione effettuata in sede di rivalutazione è limitata ad una migliore specificazione del punteggio assegnato, non risulta contraddittoria rispetto alla precedente, ma anzi, ne costituisce la conferma”*.

Né alcuna rilevanza avrebbe potuto essere attribuita alla certificazione rilasciata dal U.S. FDA in quanto tale documento atterrebbe esclusivamente ad una equivalenza di tipo funzionale e, tantomeno, alle dichiarazioni rese dai medici e dalle strutture sanitarie che utilizzano il dispositivo proposto.

Le suddette conclusioni sarebbero errate.

Secondo l'appellante, l'irrazionalità e la contraddittorietà delle nuove valutazioni emergerebbero dal confronto con il giudizio espresso poche righe prima dagli stessi Commissari, laddove questi ultimi affermano testualmente che: *“...dalle prove effettuate risulta una sufficiente capacità di dissezione e sufficiente efficacia emostatica”*.

Sul punto non vi sarebbe alcuna pronunzia da parte del Tribunale di prime cure.

Sarebbe illogica la valutazione allo stesso modo del dispositivo di Applied e quello di Johnson& Johnson.

In merito, inoltre, alla rilevanza della certificazione resa dall'US FDA in relazione ai dispositivi “Voyant” offerti da Applied ,di cui è stata accertata la “sostanziale equivalenza” con i dispositivi “Ligasure” offerti da Medtronic

(cfr. doc. 8 del fascicolo di primo grado), basterebbe considerare come tale certificazione – diversamente da quanto affermato dal primo giudice – non si limiterebbe ad attestare una mera equivalenza di tipo funzionale, essendo volta a certificare come i prodotti di Applied siano “*altrettanto sicuri ed efficaci*” rispetto a quelli di Medtronic, destinatari del massimo punteggio in sede di gara.

2) Con riferimento al criterio “*effetti collaterali*”.

Il giudice di primo grado si sarebbe limitato ad affermare che non vi sarebbe alcuna contraddittorietà tra le due valutazioni rese dalla Commissione, in quanto i giudizi sarebbero “*praticamente coincidenti*”.

Tuttavia, avrebbe omissis di considerare che dalla letteratura scientifica prodotta emergerebbe che, ai fini del rilascio della certificazione 510 (k), la US FDA ha messo a confronto le prestazioni del dispositivo di Applied con quello di Medtronic proprio con riferimento alla “*diffusione termica*” (sottoponendo i prodotti al test del c.d. “*thermal spread*”), giungendo alla conclusione che il primo garantisce prestazioni superiori o uguali al secondo.

3) Con riferimento al terzo criterio “*ergonomicità e maneggevolezza*”.

Il Tribunale di prime cure non avrebbe considerato che il dispositivo dell'appellante aveva ottenuto un giudizio largamente positivo sia in quanto l'unico presunto elemento di criticità del dispositivo proposto, evidenziato dai Commissari, in relazione al parametro che ne occupa atterrebbe esclusivamente ad uno dei tre elementi di valutazione relativi alla maneggevolezza, vale a dire all'impugnatura.

4) Con riferimento al quarto criterio “*gamma degli strumenti e relative caratteristiche*”.

In proposito, il giudice di primo grado ritiene che “*...non risultano sussistenti i denunciati profili di illogicità e irragionevolezza nella motivazione resa dalla Commissione giudicatrice, né aspetti contraddittori, risultando il giudizio espresso coerente con il punteggio attribuito (punti 8 su un massimo di 18), atteso che la Commissione ha rilevato che “dalle prove effettuate la punta, la conformazione delle ganasce ed il morso non consentono prese*

sufficientemente precise in tutte le fasi degli interventi anche a causa della qualità dei materiali e dell'assemblaggio".

Invece, l'irragionevolezza della valutazione deriverebbe dalla circostanza che, in relazione al sub-parametro della conformazione della punta, delle ganasce e del morso, la Commissione avrebbe affermato solo in sede di rivalutazione che *"dalle prove effettuate la punta, la conformazione delle ganasce ed il morso non consentono prese sufficientemente precise in tutte le fasi degli interventi anche a causa della qualità dei materiali e dell'assemblaggio"*. Tuttavia nessun riscontro si potrebbe avere in assenza di verbalizzazione delle prove pratiche.

5) Con riferimento al quinto criterio *"letteratura scientifica"*.

In relazione a tale criterio, il Tribunale ha ritenuto che l'operato della Commissione fosse esente da vizi *"atteso che nessun valore, in relazione al criterio in esame, può essere attribuito alla produzione di studi scientifici che riguardano non il dispositivo offerto dal proponente, ma un diverso e distinto prodotto, presentato da una ditta concorrente"*.

Anche in questo caso il primo giudice sarebbe caduto in errore, non avendo considerato che i due contributi scientifici prodotti in gara, pur riferendosi formalmente al dispositivo Ligasure di Medtronic, attesterebbero l'efficacia anche del dispositivo Voyant di Applied, in quanto quest'ultimo, come – a dire dell'appellante - sarebbe riconosciuto anche nella sentenza, risulterebbe avere *"efficacia"* clinica equivalente al primo, con la conseguenza che, come ritenuto dalla giurisprudenza, le conclusioni relative al primo sono da ritenersi valide anche in relazione al secondo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 8436/2019).

VI. *Error in iudicando* in relazione al motivo sub B – n. X del ricorso per motivi aggiunti di primo grado in merito al ricorso allo svolgimento di prove pratiche oltre i limiti previsti dai documenti di gara per violazione e falsa applicazione degli artt. 77 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 8, lett. a) del disciplinare di gara, nonché per eccesso di potere per errore di fatto e difetto di istruttoria, per manifesta contraddittorietà, sviamento di potere ed illogicità della

motivazione; violazione dei principi di par condicio e del giusto procedimento.

Il Tribunale, in merito al motivo sub B – numero X del ricorso per motivi aggiunti, ha osservato che la disposizione di carattere generale di cui all'art. 8 del disciplinare avrebbe consentito alla Commissione giudicatrice di valutare le offerte tecniche sulla base, oltre che della documentazione prodotta, di eventuali prove pratiche su banco e/o su pazienti con ciò attribuendo alla Commissione la scelta in proposito.

Di conseguenza, respingeva il vizio ritenendo che la possibilità di effettuare la prova tecnica non fosse limitata solo ai primi due criteri di valutazione.

La suddetta conclusione sarebbe errata e risulterebbe smentita dal tenore letterale della legge di gara. Ciò in quanto la tabella inserita all'art. 8, lett. a) del disciplinare evidenzia come la Stazione Appaltante, nell'ambito della propria autonomia discrezionale, abbia individuato espressamente quali criteri di valutazione avrebbero potuto essere verificati dalla Commissione *“eventualmente anche con prove pratiche”*: il criterio 1 *“funzionalità del sistema ed efficacia emostatica”* ed il criterio 2 *“effetti collaterali”*.

VII. *Error in iudicando* in relazione al motivo sub C – n. XI del ricorso per motivi aggiunti di primo grado, in merito alla mancata considerazione o introduzione di criteri valutativi non previsti dalla disciplina di gara per violazione e falsa applicazione degli artt. 77 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 8 del disciplinare di gara, nonché per eccesso di potere per difetto di motivazione e di trasparenza, illogicità, manifesta irragionevolezza ed irrazionalità della procedura di valutazione delle offerte tecniche.

Il Tribunale ha ritenuto infondata anche la censura sub C – numero XI del ricorso per motivi aggiunti posto che *“come emerge dalla piana lettura dell'art. 8 del Disciplinare, ciò che viene riportato nella seconda colonna sotto la voce “descrizione” non costituisce un elenco di autonomi sub – criteri (che sarebbe, oltre tutto, privi di sub punteggi), ma rappresenta semplicemente un insieme di elementi descrittivi ed esplicativi dei criteri di valutazione individuati nella prima colonna”*.

Anche tali affermazioni non coglierebbero nel segno.

Il disciplinare, all'art. 8, individuava – asseritamente - puntualmente sia i criteri di valutazione dell'offerta tecnica sia i singoli aspetti rilevanti che la Commissione avrebbe dovuto tenere in considerazione nell'attribuzione dei singoli punteggi.

I Commissari avrebbero deliberatamente trascurato alcuni specifici parametri di valutazione che Azienda Zero aveva fissato nell'esercizio della propria discrezionalità, introducendone altri del tutto nuovi ed estranei.

Nello specifico, per il quarto parametro, “*gamma degli strumenti e relative caratteristiche*” risulterebbe del tutto assente qualsiasi valutazione in relazione alla “*tipologia di impugnatura*”, mentre la valutazione si sarebbe appuntata in modo arbitrario sulla qualità dei materiali e dell'assemblaggio.

VIII. *Error in iudicando* in relazione al motivo sub A – n. VII del ricorso per motivi aggiunti di primo grado in merito ai vizi di illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione.

Sul punto il Tribunale di prime cure affermava che alla luce dell'infondatezza delle censure dedotte nel ricorso e nei motivi aggiunti parimenti infondata risulterebbe la denunciata illegittimità dell'aggiudicazione dedotta in via derivata.

Si sono costituite Azienda Zero e Johnson & Johnson Medical S.p. a per resistere, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del gravame sia con riferimento alla mancanza di prova di resistenza sia con riguardo alla censure attinenti alle valutazioni della Commissione, nonché per mancanza di censure attinenti all'aggiudicazione finale (eccezione già riproposta ed assorbita nel primo grado del giudizio).

Secondo la Società controinteressata i motivi di appello sarebbero inammissibili ed infondati per i seguenti profili:

- dai verbali sarebbero facilmente indentificabili le modalità di svolgimento ed i tempi delle prove pratiche;

- la partecipazione di estranei atterrebbe esclusivamente agli aspetti tecnici, mentre il giudizio sarebbe stato espresso unicamente dalla Commissione;
- sarebbero identificabili anche gli *specialists* di riferimento dei concorrenti partecipanti alle prove;
- la censura di cui al primo motivo sarebbe, dunque, anche indeterminata;
- la rivalutazione da parte della Commissione, sollecitata dal RUP, rientrerebbe nei poteri di riesame dell'Amministrazione;
- la Commissione non era tenuta ad attribuire, in sede di riesame, un differente punteggio;
- il provvedimento di esclusione, in vero, costituirebbe una valutazione negativa dell'offerta tecnica;
- inammissibili sarebbero le censure attinenti al giudizio tecnico discrezionale espresso dalla Commissione; in particolare la valutazione della Commissione nella parte in cui considera "*lente e poco precise*" le emostasi e la dissezione, troverebbe conferma nella mancanza della vantata equivalenza del prodotto Voyant col sistema Ligasure di Medtronic, dal punto di vista dei risultati chirurgici e clinici;
- quanto al criterio dell'"*ergonomicità e maneggevolezza*", la Commissione giudicatrice avrebbe correttamente ritenuto l'impugnatura del dispositivo medico dell'appellante poco ergonomica e il feedback tattile scadente/compromesso a causa del "*gioco delle branche*", utilizzando i criteri previsti dalla legge di gara per il proprio giudizio;
- quanto al criterio degli "*effetti collaterali*" in particolare, con riferimento al punteggio raggiunto dal sistema ad ultrasuoni di J&J, a fronte di quello a radiofrequenza bipolare proposto da Applied, l'appellante confonderebbe l'effetto collaterale con un effetto indiretto, c.d. "danno da contatto", il quale potrebbe essere causato da una manovra errata dell'operatore, dopo aver gestito il tessuto target; viceversa, l'effetto collaterale da prendere in considerazione relativamente al requisito in esame si determinerebbe durante il normale e corretto utilizzo del *device* sul tessuto target e rappresenterebbe

l'effetto che si determina lateralmente al tessuto trattato, nell'area immediatamente finitima ad esso; la tecnologia ad ultrasuoni - sulla quale si basa il dispositivo Harmonic di J&J - e quelle a radiofrequenza raggiungono temperature differenti, sulla base cioè di un differente meccanismo di funzionamento provocando, dunque, un diverso effetto sul tessuto.

-

- sul parametro *“gamma degli strumenti e relative caratteristiche”*, l'Organo tecnico nominato da Azienda Zero al fine di valutare le offerte presentate dai concorrenti avrebbe correttamente giudicato la qualità dei materiali sulla base alla sensazione tattile ed esperienziale del chirurgo, rilevando dapprima che *“dalle prove effettuate la punta consente una sufficiente dissezione”*, dipoi che *“dalle prove effettuate il morso e la conformazione della punta non consentono prese sufficientemente precise in tutte le fasi degli interventi”*;

- con riferimento al parametro *“letteratura scientifica”*, non sussistendo alcuna equivalenza con il prodotto offerto da Medtronic, Applied non avrebbe dunque prodotto alcuna letteratura, quindi correttamente riportando il punteggio pari a zero, confermato in sede di riesame; non potrebbe risultare valida l'allegazione della letteratura riferita al prodotto Ligasure dal momento che non potrebbe essere operata alcuna comparazione né alcun giudizio di equivalenza tra i due prodotti;

- ancora, in nessuna parte dell'art. 8 del disciplinare si leggerebbe che la Commissione avrebbe dovuto operare una valutazione di prove pratiche esclusivamente sui criteri indicati nella tabella riportata nel seguito del predetto articolo (nn.1 e 2: criteri funzionalità del sistema ed efficacia emostatica; effetti collaterali);

- non vi sarebbe stata alcuna modifica dei criteri di valutazione, invece le motivazioni risulterebbero strettamente attinenti ai criteri indicati in ogni loro parte; in particolare, *“gamma degli strumenti e relative caratteristiche”* non si sarebbe estesa oltre il previsto, poiché l'indicazione delle *“relative caratteristiche”* sarebbe ben idonea a ricomprendere la qualità dei materiali.

Di seguito sarebbero infondate le censure di illegittimità conseguente e le pretese risarcitorie.

Differentemente l'Azienda precisa che nella specie non si sarebbe trattato di attività in autotutela ma esclusivamente di verifica endoprocedimentale, all'esito della quale sono state confermate le valutazioni già espresse.

Ancora, evidenzia che il provvedimento impugnato non potrebbe qualificarsi come di esclusione ma quale non raggiungimento del minimo di punteggio utile per il raggiungimento della soglia minima.

Con decreto presidenziale era respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche anche in ragione della complessità motivazione della sentenza appellata. In sede collegiale la causa era rinviata all'esame del merito stante la necessità di espletare ancora la seconda fase di gara.

Medtronic, con memoria per l'udienza di discussione, si è riportata alle conclusioni già svolte

Con memoria ex art. 73 l'appellante svolge le precisazioni che seguono.

In ordine all'eccezione di inammissibilità dell'appello per carenza di interesse, l'ammissione alla graduatoria finale farebbe conseguire all'appellante la possibilità - allo stato, a causa dell'esclusione per il mancato superamento della soglia di sbarramento preclusa - di poter fornire il proprio prodotto alle Aziende sanitarie della Regione, pur nei limiti previsti dal disciplinare.

Sulla inammissibilità del ricorso in appello con riguardo all'asserita mera riproposizione dei motivi già dedotti, l'appellante avrebbe al contrario sollevato puntuali critiche alla sentenza impugnata.

Sulla pretesa inammissibilità dell'appello per violazione della riserva di discrezionalità tecnica riservata alla Commissione, le censure sarebbero invece rivolte alle erronee argomentazioni con le quali il giudice di primo grado avrebbe avallato le anzidette valutazioni.

Sulla pretesa inammissibilità per carenza di interesse del XII motivo aggiunto quanto alla posizione della istante, l'accoglimento del vizio garantirebbe al

contrario alla istante la possibilità di ottenere la rinnovazione della prova pratica e conseguentemente, della fase di attribuzione dei punteggi tecnici.

Ribadisce ulteriormente le censure di merito:

1 - quanto alla mancata verbalizzazione degli esiti delle prove pratiche nelle diverse sedute 19 dicembre 2019 e 12 febbraio 2020;

2 – quanto all’illegittima introduzione da parte della Commissione di nuovi elementi di criticità in sede di riesame contraddittori rispetto alla precedente valutazione; 3 – quanto all’incompetenza del soggetto che ha assunto la decisione di confermare l’esclusione di Applied dalla gara.

J&J e l’Azienda hanno depositato memorie in replica ribadendo le proprie conclusioni.

All’udienza pubblica del 17 settembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I – Osserva, in via preliminare, il Collegio che può omettersi un diffuso esame delle eccezioni preliminari, poiché l’appello è infondato.

Solo brevemente, va evidenziato che la posizione dell’appellante non può essere ricondotta ad una mera aspettativa, poiché l’eventuale diverso esito del riesame – oggetto della domanda azionata - rimetterebbe la concorrente nella condizione di partecipare alla fornitura. Né effettivamente le censure contenute nei motivi di appello costituiscono mera ripetizione dei motivi di primo grado, poiché l’appellante espressamente contesta l’erroneità delle conclusioni raggiunte dal primo giudice.

II - Nel merito, tuttavia, l’appello è infondato.

I motivi possono essere esaminati congiuntamente nei seguenti gruppi:

1 – motivi che attengono allo svolgimento della prova pratica;

2 – motivi che attengono alla valutazione ed al riesame da parte della Commissione;

3 – motivi che attengono alla competenza nell’assunzione del provvedimento gravato.

III – Quanto al primo gruppo, va innanzitutto precisato che non trova riscontro nella legge di gara la limitazione dello svolgimento delle prove pratiche ai soli profili indicati dall'appellante. Alla luce dell'art. 8 del disciplinare, infatti, dispone ai fini della valutazione dell'offerta tecnica (max 70,00 punti) “*La Commissione giudicatrice, appositamente nominata, esprimerà una valutazione tecnico- qualitativa, sulla base della documentazione tecnica pervenuta dai Concorrenti e su eventuali prove pratiche su banco e/ o su paziente.*”

La Commissione aveva, dunque, la possibilità di decidere, nella propria discrezionalità tecnica sull'espletamento o meno delle prove.

Quanto all'*iter* seguito, l'Amministrazione ha prodotto in giudizio i verbali delle prove pratiche (all. 14 e 15 della memoria di costituzione dell'Azienda in primo grado) svolte in sala operatoria, i quali riportano la data di svolgimento della prova, l'unità operativa presso cui si è svolta, il componente della Commissione giudicatrice, l'*équipe* medica presente, lo *specialist* della ditta esaminanda.

Sono stati regolarmente redatti i verbali delle prove eseguite sulla campionatura prodotta dalle ditte in gara, dai quali si evincono i dati sopra indicati.

Non è peraltro, ipotizzabile che la prova pratica avvenisse senza la presenza della *équipe* medica, trattandosi di dispositivi che dovevano essere testati in sala operatoria.

Risulta, poi, che gli esiti della prova tra i componenti della Commissione, la quale ha espresso il giudizio complessivo.

Ancora va evidenziato che alle prove pratiche era presente lo *specialist* di Applied il quale, per un verso, ha avuto piena contezza del campione provato, dell'intervento eseguito e delle criticità riscontrate e, per altro verso, non ha formulato alcun rilievo e/o obiezioni rispetto all'esecuzione della prova da parte del Commissario né alcuna osservazione rispetto alle considerazioni espresse dal Commissario in sede di prova.

IV – Quanto alla nuova riunione della Commissione, ritiene il Collegio di condividere l'interpretazione seguita dal primo giudice e riproposta dalla parti appellate.

Si tratta, nella specie, evidentemente dell'esercizio dello specifico potere di riesame che spetta alla Commissione giudicatrice, organo di natura prettamente tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito di una specifica gara.

La sua attività si esaurisce soltanto con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi dell'Amministrazione appaltante, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Fino a questo momento la Commissione conserva il potere di riesaminare l'operato al fine di emendarlo da eventuali errori.

E' quanto avvenuto nella fattispecie che occupa, a seguito della richiesta del RUP – come risulta dal verbale – in riferimento specifico alle contestazioni contenute nei ricorsi proposti da Applied.

Come si evince dal confronto dei verbali del 19 dicembre 2019 e del 12 febbraio 2020, la Commissione, in sede di verifica, ha confermato quanto già sostanzialmente evidenziato in sede di espressione dei punteggi, sulla base delle valutazioni tecniche discrezionali anche ad esito delle prove pratiche.

Senza che sia necessario ripercorrere i singoli aspetti – dettagliatamente indicati in fatto – vale qui ribadire che non si rinvencono profili di contraddittorietà tra i due giudizi.

Ne consegue che non vi alcun logico motivo per il quale la Commissione avrebbe dovuto modificare il punteggio assegnato, diversamente da quanto contestato in appello.

Le censure dell'appellante si risolvono, in vero, nella sostituzione del proprio giudizio, senza che sia dimostrata l'illogicità della valutazione espressa dalla Commissione, e pertanto al di fuori del perimetro di sindacabilità dell'esercizio del potere tecnico discrezionale dell'organo tecnico.

Al contrario di quanto affermato dall'appellante, gli atti evidenziano la non equiparazione dei prodotti offerti dall'appellante e dalla controinteressata, dato su cui invece la prima fonda le proprie censure.

Si tratta evidentemente di prodotti differenti. Ciò rileva anche ai fini della mancata valutazione della produzione scientifica.

Ancora non risultano riscontrate le censure relative alla attribuzione di punteggi sulla base di criteri differenti da quelli contenuti nella legge di gara essendo i parametri utilizzati dalla Commissione, tutti ad essi riconducibili.

V – Per quanto riguarda la qualificazione del provvedimento gravato appare con tutta evidenza che esso non è riconducibile ad un provvedimento di esclusione, bensì consiste nella definizione dell'esito negativo della valutazione dell'offerta della appellante, tale da non consentire il raggiungimento della soglia minima. Non può, dunque, essere assunta norma di riferimento l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, che disciplina l'esclusione del concorrente.

Nella specie, si verte, invece, nella differente ipotesi di esclusione dell'offerta, di cui all'art. 8 del disciplinare di gara.

Ne consegue che risulta priva di fondamento la dedotta incompetenza.

Discende, ancora, da quanto evidenziato che l'avviso pubblico sul portale SINTEL alle ore 9.41 altro non è che un onere informativo previsto dal disciplinare di gara (pag. 30), improntato ai principi di trasparenza.

VI – Da tutte le conclusioni sin qui raggiunte, deriva l'infondatezza delle censure di illegittimità derivata riportate anche in sede di appello e della pretesa risarcitoria.

VII – Pertanto, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, deve essere confermata la sentenza di primo grado appellata n. 408 del 2020.

VIII – In ragione del principio di soccombenza, la parte appellante deve essere condannata al pagamento delle spese del secondo grado, che sono determinate in complessivi euro 3000,00 (tremila/00) da dividersi in parti eguali tra le parti resistenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto conferma la sentenza appellata.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che sono determinate in complessivi euro 3000,00 (tremila/00) da dividersi in parti eguali tra le parti resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO