



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 540 del 2022, proposto da Violatech s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Borioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Ceci, 21;

contro

PuntoZero s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Piazza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ermes Farinazzo in Perugia, via Favorita, 9;

nei confronti

Becton Dickinson Italia s.p.a., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione dell'Amministratore unico del 7 settembre 2022, pubblicata in data 8 settembre 2022 avente ad oggetto “*Procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. 50/2016 in forma centralizzata per la fornitura di stent vascolari e biliari*”

per le Aziende sanitarie della Regione Umbria – n. gara Anac 8170645 – aggiudicazione”, determinazione con la quale, in riferimento al lotto 20, è stata approvata la graduatoria allegata ed aggiudicato il lotto 20, relativo allo stent autoespandibile in nitinolo ricoperto in ePTFE. Struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle - CIG 86881231E9 – alla BARD s.r.l., unitamente ai relativi allegati nei quali è presente la graduatoria e l'elenco degli aggiudicatari in riferimento al lotto 20 (CIG 86881231E9);

- dei verbali di gara ed in particolare: del verbale del 9 giugno 2022, nella valutazione del lotto 20 con i relativi prospetti di attribuzione punteggi; del verbale del 17 giugno 2022 relativo alla chiusura della fase tecnica con i relativi prospetti di attribuzione punteggi del lotto 20; del verbale del 23 agosto 2022 relativo alla predisposizione delle graduatorie con i relativi prospetti di graduatoria e di assegnazione del lotto 20;

- di tutti gli atti presupposti, richiamati, conseguenti e comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di PuntoZero s.c.a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2023 la dott.ssa Daniela Carrarelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con Determinazione dell'Amministratore unico di Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l. (ora PuntoZero s.c.a r.l.) del 23 aprile 2021 è stata indetta, ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. n. 50 del 2016, la procedura ristretta in forma centralizzata per la fornitura di stent vascolari e biliari per le Aziende sanitarie della Regione Umbria; con successiva Determinazione dell'Amministratore unico del 30 aprile 2021, è

stata disposta la rettifica della gara con conseguente variazione dei valori regionali stimati dell'intera procedura. La procedura è suddivisa in 27 lotti, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 93, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016.

Entro i termini di scadenza per l'invio dell'istanza di partecipazione hanno presentato domanda sedici operatori economici, tra cui l'odierna ricorrente Violatech s.r.l. e la Bard s.r.l. (incorporata dalla Becton Dickinson Italia s.p.a.).

1.1. L'odierna ricorrente ha partecipato alla procedura con riferimento al lotto n. 20 avente ad oggetto "*Stent autoespandibile in nitinolo ricoperto in ePTFE. Struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle*", per i quali dispositivi il Capitolato tecnico pone i seguenti requisiti minimi: «1. *stent autoespandibile*; 2. *in nitinolo*; 3. *ricoperto in ePTFE*; 4. *struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle e connessioni tra le corone alternate*; 5. *porzione prossimale e distale scoperta per circa 1,5 cm*; 6. *ePtfe modificato elettronicamente per aumentare la resistenza multidirezionale*; 7. *sistema di rilascio altamente idrofilico con tecnica pull-back associata a sistema anti jumping e punta atraumatica*; 8. *diametri da 6 a 9 mm lunghezze da 40 a 80mm*; 9. *compatibilità con guida 0.035" ed introduttori 9F*».

1.2. All'esito delle operazioni di gara, in data 8 settembre 2022 veniva pubblicata la determina del 7 settembre 2022 con la quale erano aggiudicati i lotti di gara; il lotto 20 veniva aggiudicato alla Bard s.r.l.

L'odierna ricorrente, unica altra partecipante alla procedura per quanto attiene a lotto 20, si classificava seconda.

2. Con un unico ed articolato motivo in diritto, la ricorrente Violatech s.r.l., ha chiesto l'annullamento degli atti di gara gravati per: violazione e falsa applicazione dell'art 94 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art 10 della Lettera di invito, dell'art. 2 del Capitolato tecnico per il lotto 20; eccesso di potere per manifesta illogicità ingiustizia, irragionevolezza, sproporzionalità, inadeguatezza, contraddittorietà e travisamento dei fatti.

La ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicataria in quanto, contrariamente al prodotto offerto dalla Violatech s.r.l. (prodotto Solaris della ditta Scitech), i prodotti offerti dall'aggiudicataria Bard s.r.l. (che commercializza due tipologie di stent astrattamente riconducibili alla tipologia richiesta nella gara al lotto 20, lo stent Fluency e lo stent Covera) risulterebbero carenti rispetto ai requisiti minimi richiesti nella gara per il lotto in questione.

La ricorrente sostiene che l'Amministrazione avrebbe compiuto una ricognizione errata ed illegittima dei prodotti offerti da Bard, ritenendoli erroneamente rispondenti ai requisiti minimi; al contrario, l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa – in ragione della previsione di cui all'art. 10 della lettera di invito e dell'art. 2 del capitolato tecnico in relazione al lotto 20 – stante la carenza, in particolare, dei requisiti minimi di cui ai citati punti 4, 5, 6 e 7.

In particolare, deduce la ricorrente:

- con riguardo al requisito minimo 4 *“struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle e connessioni tra le corone alternate”*: lo stent Fluency possiede una disposizione picco-picco, quindi non soddisfa i requisiti esplicitamente richiesti, mentre lo stent Covera ha una disposizione particolare con alcuni stent disposti picco-valle altri picco-picco;
- con riguardo al requisito minimo 5 *“porzione prossimale e distale scoperta per circa 1,5 cm”* (da leggersi “mm” dovendosi considerare l'indicazione un mero errore materiale): lo stent Fluency ne è dotato ma di misura superiore rispetto alla tolleranza, ovvero si circa 2mm a fronte di un valore massimo comprensivo della tolleranza di 1,8 (ovvero $1,5 \text{ mm} + 20\% = 1,8 \text{ mm}$); lo stent Covera non è dotato di porzione prossimale e distale scoperta, essendo completamente ricoperto;
- con riguardo al requisito minimo 6 *“ePtfe modificato elettronicamente per aumentare la resistenza multidirezionale”*: entrambi i prodotti della Bard (Covera e Fluency) non sono dotati della caratteristica;
- con riguardo al requisito minimo 7 *“sistema di rilascio altamente idrofilico con*

tecnica pull-back associata a sistema anti jumping e punta atraumatica”: i prodotti in gamma della Bard sono in possesso del sistema di rilascio micrometrico a rotellina; il solo prodotto Fluency sembra possedere il sistema di rilascio pull-back, ma non anche il sistema anti-jumping, con la conseguenza che alcun prodotto dell’aggiudicataria è in possesso del requisito minimo in disamina.

Non essendo l’offerta della controinteressata conforme ai requisiti indicati dalla legge di gara, non sussistevano i presupposti per ammettere e valutare la proposta come previsto agli artt. 94 e 95 d.lgs. n. 50 del 2016.

3. Si è costituita per resistere in giudizio PuntoZero s.c.a r.l. (già Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l.) affermando che la Società aggiudicataria ha offerto dispositivi che rispettano i detti requisiti minimi, come risulta dalla scheda di valutazione redatta dalla Commissione di gara (che ha ritenuto idonei i detti prodotti), dalla relazione tecnica prodotta dalla Bard s.r.l. e le relative schede tecniche allegate dalla aggiudicataria (prodotte in ossequio all’art. 8 della lettera di invito). Parte resistente stigmatizza la contraddizione in cui incorre il ricorrente con riferimento al requisito 4, affermando, dapprima, che lo stent offerto dalla Bard non soddisfa pienamente i requisiti richiesti e, successivamente, ammettendo che detti stent possano essere in possesso del requisito “picco a valle”, sebbene in ogni caso non soddisfino gli altri requisiti di cui ai punti 5, 6 e 7. Con riferimento ai requisiti di cui ai punti, 5, 6 e 7, la difesa resistente evidenzia come Violatech effettui una disamina dei requisiti tecnici dei prodotti offerti dalla Bard senza fornire alcuna prova sulla bontà di tali valutazioni (non allegando eventuali documenti tecnici o perizie che attestino tali affermazioni).

4. A seguito della trattazione alla camera di consiglio del 18 ottobre 2022, con ordinanza n. 128 del 2022 è stata rigettata l’istanza cautelare, avuto riguardo alla carenza il profilo del *periculum in mora*; per la trattazione del merito è stata fissata l’udienza pubblica del 10 gennaio 2023.

5. Le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche in vista della trattazione in pubblica udienza.

In particolare, in merito ai requisiti contestati, la difesa resistente ha prodotto un documento datato 13 dicembre 2022 nel quale il RUP, preso atto delle deduzioni espresse dalla Commissione giudicatrice – richiamata a rendere ulteriore parere in ordine agli elementi di valutazione oggetto di contestazione da parte della Ditta ricorrente, con specifico riferimento al lotto n. 20 – riportate dallo stesso RUP nel corpo dell'atto, «*conferma le determinazioni rese in fase di valutazione tecnica in coerenza con quanto richiesto dal dalla lex specialis di gara ed in osservanza al principio di equivalenza*».

6. All'udienza pubblica del 10 gennaio 2023, uditi per le parti i difensori come specificato a verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Preliminarmente, l'istanza istruttoria di parte ricorrente, quanto alla produzione documentale, deve ritenersi soddisfatta dal deposito agli atti del giudizio effettuato dalla difesa resistente.

8. Sempre in via preliminare, devono essere disattese le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa resistente per genericità delle censure, nonché per omessa impugnativa del bando, della lettera di invito e del capitolato tecnico.

Le censure attoree si presentano sufficientemente specifiche, essendo puntualmente indicati i requisiti minimi ritenuti carenti nei prodotti commercializzati dall'aggiudicataria (tra cui quello effettivamente offerto in sede di gara) nonché i punti della *lex specialis* di cui si lamenta la violazione.

Analogamente, non rileva ai fini dell'ammissibilità del ricorso la mancata impugnativa della legge di gara, non essendo la stessa contestata, lamentando, piuttosto, la parte ricorrente proprio la violazione della stessa *lex specialis* sotto il profilo della mancata esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria a fronte dell'insussistenza dei requisiti minimi.

9. Ciò posto, il ricorso si presenta fondato per quanto di seguito esposto.

Per quanto qui di interesse, la lettera di invito, al punto 10, avente ad oggetto il contenuto dell'offerta tecnica, prevede la compilazione di un modello offerta

tecnica (Allegato B2 alla stessa lettera di invito); detta scheda contiene le tabelle riepilogative sia delle caratteristiche minime che migliorative da compilare da parte dei concorrenti la partecipazione a ciascun lotto, con indicazione dei documenti attestanti il possesso delle caratteristiche minime e migliorative ed il riferimento a paragrafo o pagina specifica in cui sono descritte (della relazione e/o delle schede tecniche). Il citato punto 10 della lettera di invito prevede che: *«i prodotti offerti devono rispettare le caratteristiche tecniche minime previste nel Capitolato Tecnico e relativi allegati, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice»*.

Nel capitolato tecnico, al punto 2, avente ad oggetto “Caratteristiche specifiche dei prodotti”, si prevede che *«Per ogni lotto elencato di seguito, i dispositivi dovranno avere come caratteristiche tecniche minime quanto specificato. Con indicazione di “circa” si ritiene di poter accettare una variazione in aumento o diminuzione pari al 20% del valore espresso quale limite indispensabile»*.

Il lotto 20 per cui è causa che ad oggetto la fornitura di *“Stent autoespandibile in nitinolo ricoperto in ePTFE. Struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle”*, per i quali dispositivi il Capitolato tecnico pone i requisiti minimi già ricordati.

Emerge dagli atti di causa che l'aggiudicataria Bard s.r.l. (incorporata dalla Becton Dickinson Italia s.p.a.) ha offerto per il lotto in questione lo stent vascolare Fluency plus.

Occorre premettere che dagli atti di gara nulla risulta essere stato esplicitato in corso di gara dalla Commissione nel merito delle valutazioni effettuate circa il possesso dei requisiti minimi: nel verbale della seduta del 9 giugno 2022, con riferimento al lotto 20, la Commissione si è limitata a rilevare la sussistenza dei requisiti tecnici minimi per i prodotti offerti da entrambe le concorrenti e a dare conto dei punteggi finali, rinviando all'allegata scheda riepilogativa; nella richiamata scheda con riferimento ai citati requisiti minimi vi è unicamente l'apposizione di una “x” nei rispettivi campi con l'indicazione finale “idoneo” (cfr.

doc. 6 della produzione di parte ricorrente, pagg. 66 e 105).

Non ignora il Collegio che la Commissione giudicatrice possa effettuare una valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica prodotta in gara dal concorrente sia desumibile la rispondenza del prodotto offerto al requisito previsto dalla *lex specialis* (*ex multis*, C.d.S., sez. III, 30 agosto 2022, n. 7558; Id., 25 novembre 2020, n. 7404). Come chiarito da una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, il principio di equivalenza, permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica ed è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (C.d.S., sez. III, 9 giugno 2022, n. 4721; Id., sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353). E' stato tuttavia, altresì, chiarito dalla giurisprudenza amministrativa che la corretta applicazione del principio di equivalenza non è rimessa all'insindacabile giudizio della stazione appaltante, in quanto essa deve rispondere anche ad esigenze di tutela della par condicio tra concorrenti; *«la verifica da parte del giudice sulla esistenza o meno dei presupposti in fatto (alla luce delle prescrizioni del disciplinare o dell'allegato al bando recante i requisiti minimi tecnici richiesti) per il ricorso al principio di equivalenza da parte della SA non involge profili di discrezionalità tecnica, ma di stretta legittimità. Il giudice, infatti, in questo caso non verifica la correttezza del giudizio di equivalenza effettuato dalla Commissione di gara, col rischio di sostituirsi ad essa, ma controlla semplicemente se il ricorso ad esso fosse o meno ammissibile, alla luce delle indicazioni contenute nei documenti di gara»* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 16 ottobre 2020, n. 4540; cfr. C.d.S., sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225).

Nel caso in esame, ritiene il Collegio che il richiamo al principio di equivalenza non soccorra, almeno per quanto attiene al possesso dei requisiti di cui ai punti 4 e 5, per le considerazioni di seguito svolte.

La ricorrente lamenta che il suddetto stent non soddisfi, in primo luogo il requisito minimo di cui al punto 4: *“struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle e connessioni tra le corone alternate”*, evidenziando la diversa disposizione del reticolato tra il proprio prodotto Solaris rispetto al prodotto Fluency.

Sul punto nel citato documento del RUP del 13 dicembre 2022 da un lato si contesta che l'immagine utilizzata dalla Società ricorrente per effettuare il raffronto con il proprio prodotto sia effettivamente riferibile al lo stent Fluency, dall'altro si afferma che lo stent offerto dalla ditta Bard s.r.l. *«possiede delle maglie metalliche che sono disposte con un disegno di picco a cui si associa una valle configurando con le maglie prossimali e distali delle forme romboidali come da foto che si riporta di seguito, messo a confronto con il Solaris, il prodotto offerto dalla Ditta VIOLATECH Srl.»*.

Posto che la conformità del prodotto Solaris, offerto dalla Società ricorrente, rispetto al requisito citato è affermata in sede di gara e non oggetto di contestazione, dalle due immagini riportate emerge, tuttavia, *ictu oculi* la differente struttura dei due prodotti quanto alla disposizione delle maglie (ove nel prodotto Solaris i picchi delle corone non corrispondono, mentre nel prodotto Fluency vanno a corrispondere formando una struttura romboidale) andando a corroborare, piuttosto che smentire, la censura di parte ricorrente, evidenziandosi, altresì, la contraddizione intrinseca nell'affermazione per cui le maglie del prodotto Solaris *«sono disposte con un disegno di picco a cui si associa una valle configurando con le maglie prossimali e distali delle forme romboidali»*.

Né può diversamente opinarsi alla luce della successiva affermazione per cui *«[l]a Commissione giudicatrice ha altresì rilevato che la valutazione tecnica ha tenuto conto della relazione tecnica depositata in gara dalla Ditta BARD in cui si evidenziava che: “Lo stent Fluency Plus possiede un disegno a maglie romboidali senza punti di saldatura e la presenza di tagli parziali sulla circonferenza del cilindro dello stent offrono maggiore flessibilità ed elevata forza radiale per il*

trattamento di stenosi/occlusioni anche in anatomie vascolari complesse”».

Difatti, se da un lato viene confermata la struttura romboidale della maglia – quindi il mancato rispetto dell’andamento “picco-valle” – dall’altro si introduce un elemento funzionale/prestazionale, ai fini della valutazione di equivalenza, non esplicitato né deducibile dalla legge di gara, andando in tal modo a violare la *par condicio* tra i concorrenti.

Come detto, infatti, non può soccorrere nel caso in esame il ricorso al principio di equivalenza, stante la stessa formulazione della legge di gara – non contestata da alcuna delle parti, nulla essendo stato inoltre dedotto circa la valenza eccessivamente restrittiva che la caratteristica richiesta può assumere ai fini della più ampia ammissione alla selezione – nella formulazione del requisito in oggetto; nel richiedere una “*struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle e connessioni tra le corone alternate*” la *lex specialis* non evidenzia alcun elemento funzionale/prestazionale (o standard tecnico-normativo) cui ricollegare la specifica struttura richiesta (corrispondente, peraltro, allo stesso oggetto del lotto 20 “*Stent autoespandibile in nitinolo ricoperto in ePTFE. Struttura dello stent con corone indipendenti disposte con tecnica picco-valle*”).

In tal modo la *lex specialis* ha “irrigidito” il citato requisito minimo, differentemente da quanto avvenuto per il requisito di cui al punto 6 (“*ptfe elettronicamente modificato per aumentare la resistenza multidirezionale*”), ove la differente formulazione consente l’apertura ad una valutazione dell’equivalenza di altro prodotto proprio con riferimento all’aumentata resistenza multidirezionale, valutazione in questo caso puntualmente riportata nel citato documento del RUP del 13 dicembre 2022.

Ciò solo è sufficiente ai fini dell’accoglimento del motivo di censura.

Osserva inoltre il Collegio come risulti, altresì, contraddittoria la motivazione adottata a sostegno della sussistenza del requisito 5 “*porzione prossimale e distale scoperta per circa 1,5 cm*”.

E' incontestato che la misura vada correttamente riportata a 1,5 mm – come affermato dal ricorrente in ragione delle dimensioni degli stent e non contestato dalla difesa resistente – ed è altresì incontestato che il prodotto offerto dall'aggiudicataria sia dotato di una porzione distale scoperta di 2 mm, quindi eccedente la tolleranza del 20% prevista dalla *lex specialis*. Anche in questo caso non appare logica l'affermazione documentata del RUP del 13 dicembre 2022 per cui «*la Commissione ha valutato l'idoneità tecnica del prodotto offerto da BARD rispetto ai requisiti tecnici minimi nel suo insieme, in relazione al principio di equivalenza e tenuto conto delle esigue e ridottissime dimensioni dello stent tali per cui le oscillazioni nanometriche non sarebbero tali da apportare rilevanti differenze*», sia per il manifesto errore contenuto nel riferimento a “oscillazioni nanometriche” – laddove la differenza contestata è in ordine di decimi di millimetro, mentre nanometriche sono misurazioni che attengono a miliardesimi di metro – sia perché proprio le ridotte dimensioni del prodotto rendono logicamente maggiormente rilevante l'oscillazione rispetto alle misure richieste.

10. Per quanto esposto, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento *in parte qua* degli atti e provvedimenti gravati e dichiarazione dell'inefficacia dei contratti eventualmente *medio tempore* stipulati con l'aggiudicataria del lotto in questione.

Per quanto riguarda la domanda di aggiudicazione e di subentro nel contratto, si evidenzia che la Stazione appaltante dovrà procedere alla nuova aggiudicazione in favore della ricorrente ed all'adozione degli atti consequenziali, nel rispetto delle norme del codice dei contratti pubblici. L'esito del giudizio esime il Collegio dal valutare la domanda, proposta in via subordinata, di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico di PuntoZero s.c.a r.l. nella misura liquidata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione.

Condanna PuntoZero s.c.a r.l. alla refusione delle spese di lite in favore della Società ricorrente, in misura di complessivi 2.000,00 (duemila//00) euro, oltre accessori di legge; spese compensate con la controinteressata non costituita.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Daniela Carrarelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Daniela Carrarelli

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO