

Publicato il 20/11/2020

N. 00473/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00285/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 285 del 2020, proposto da
Trx Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avvocati [REDACTED], con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio

contro

[REDACTED] in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato [REDACTED]
[REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso il suo studio in [REDACTED]

[REDACTED] - [REDACTED]
[REDACTED] non
costituiti in giudizio;

nei confronti

[REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avvocato [REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dell'[REDACTED] che, per il Lotto n. 22 – Sistema di prevenzione delle infezioni per dispositivi impiantabili atto alla riduzione delle infezioni ed alla stabilizzazione del pacemaker/defibrillatore nel sito di impianto - della Gara regionale centralizzata a procedura aperta finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici per ciascun lotto di gara ex art. 54 comma 4 del D. Lgs. 50/2016, per l'affidamento della fornitura di elettrostimolatori cardiaci definitivi, di defibrillatori impiantabili, di dispositivi per il trattamento elettrico avanzato dello scompenso cardiaco, di dispositivi per il monitoraggio del ritmo cardiaco, di materiale correlato all'impiantistica e servizi connessi occorrenti alle Aziende del Servizio Sanitario della Regione [REDACTED] - Numero gara [REDACTED] aggiudica il Lotto stesso sia alla Società [REDACTED], sia alla ricorrente, anziché escludere la prima dalla gara ed inserire TRX Italy S.r.l. quale unico Fornitore;
- del provvedimento dell'Ufficio del Commissario straordinario di [REDACTED] prot. n. 2991/20 del 6.8.2020, che propone di aggiudicare la procedura sia alla Società [REDACTED] sia alla ricorrente, anziché escludere la prima dalla gara ed inserire la ricorrente medesima quale unico Fornitore;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, ivi inclusi tutti i verbali di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di [REDACTED]

e di [REDACTED]

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2020 il dott. Giovanni Giardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. §- Con ricorso ritualmente notificato in data 8 settembre 2020 e depositato il 21 settembre 2020 la società ricorrente TRX ITALY S.R.L. impugnava la determinazione n. 143 del 7.8.2020 con cui la resistente [REDACTED] nell'ambito della gara regionale centralizzata a procedura aperta finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici per ciascun lotto di gara ex art. 54 comma 4 del D. Lgs. 50/2016, per l'affidamento della fornitura di elettrostimolatori cardiaci definitivi, di defibrillatori impiantabili, di dispositivi per il trattamento elettrico avanzato dello scompenso cardiaco, di dispositivi per il monitoraggio del ritmo cardiaco, di materiale correlato all'impiantistica e servizi connessi occorrenti alle Aziende del Servizio Sanitario della Regione [REDACTED] ha aggiudicato il lotto di interesse n. 22 (Sistema di prevenzione delle infezioni per dispositivi impiantabili atto alla riduzione delle infezioni ed alla stabilizzazione del pacemaker/defibrillatore nel sito di impianto) sia alla controinteressata [REDACTED], sia alla ricorrente medesima.

Veniva gravato, altresì, il provvedimento dell'Ufficio del Commissario straordinario di [REDACTED] di proposta dell'aggiudicazione, nonché ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, ivi inclusi tutti i verbali di gara.

La ricorrente lamenta la mancata esclusione dalla gara della controinteressata affidando le proprie doglianze ad un unico articolato motivo in diritto e, intinate dinanzi a questo Tribunale la resistente amministrazione e la controinteressata, concludeva per l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa sospensiva, con richiesta in via istruttoria di consulenza tecnica d'ufficio.

Resistevano al ricorso la controinteressata [REDACTED] e la resistente [REDACTED] instando per la sua reiezione siccome inammissibile e, comunque, privo di merito di fondatezza.

Con sentenza non definitiva n. 346/2020 del 9 ottobre 2020, questo Tribunale, ritenendo preliminarmente infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse e considerato che, in relazione alla complessità della causa, il giudizio non potesse essere definito in esito all'udienza cautelare sussistendo esigenze istruttorie, nominava quale verificatore, ai sensi degli artt. 63, comma 4 e 66, comma 1 del c.p.a., l'ing. [REDACTED] alla quale veniva chiesto di rispondere ai quesiti ivi indicati e di procedere alla stesura di una relazione previo contraddittorio con le parti.

Inoltre, al fine di mantenere la *res adhuc integra*, con la medesima sentenza si disponeva la sospensione dei gravati provvedimenti sino all'udienza di discussione del merito.

Il verificatore depositava la relazione definitiva in data 6 novembre 2020.

All'udienza pubblica del 18 novembre 2020 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

2.§- Come esposto in narrativa, viene in decisione il gravame avverso il provvedimento con cui la resistente [REDACTED] ha aggiudicato sia alla controinteressata [REDACTED] sia alla ricorrente il lotto n. 22 riguardante la fornitura di "Sistema di prevenzione delle infezioni per dispositivi impiantabili atto alla riduzione delle infezioni ed alla stabilizzazione del pacemaker/defibrillatore nel sito di impianto" nell'ambito della procedura aperta finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici per ciascun lotto di gara ex art. 54 comma 4 del D.lgs 50/2016, per l'affidamento della fornitura di elettrostimolatori cardiaci definitivi, di defibrillatori impiantabili, di dispositivi per il trattamento elettrico avanzato dello scompenso cardiaco, di dispositivi per il monitoraggio del ritmo cardiaco, di materiale correlato all'impiantistica e servizi connessi occorrenti

alle Aziende del Servizio Sanitario della Regione ██████████ da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente contesta l'aggiudicazione in favore anche della controinteressata che, a suo dire, avrebbe dovuto essere esclusa in quanto il prodotto offerto dalla stessa non consentirebbe di assolvere alle funzioni richieste dalla legge di gara, cosicché la stazione appaltante avrebbe dovuto individuare la ricorrente come unico fornitore.

Il ricorso è affidato ad un'unica censura con cui si lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 59, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 15 del Disciplinare di gara, dei paragrafi 3.1. e 3.2. del Capitolato di gara, nonché eccesso di potere sotto svariati profili.

Assume la ricorrente che i dispositivi richiesti per il Lotto n. 22 devono essere atti alla prevenzione delle infezioni del sito chirurgico dell'impianto di dispositivi in pazienti a rischio infettivo (diabetici, immunocompromessi, defedati, neoplastici, ecc.) e debbono, altresì, facilitare la guarigione chirurgica del sito stesso. Entrambe le predette funzioni sarebbero agevolmente desumibili sia dalla denominazione (dispositivi per la prevenzione e gestione delle infezioni del sito chirurgico dell'impianto) e dalla descrizione del prodotto oggetto del lotto, sia dal chiarimento fornito dalla stazione appaltante.

Viene asserito, quindi, che la società aggiudicataria avrebbe offerto un prodotto completamente diverso (*aliud pro alio*) rispetto a quello richiesto dalla Stazione appaltante, atteso che esso non avrebbe tra le indicazioni all'uso la prevenzione delle infezioni del sito chirurgico non rilasciando antibiotici (elemento essenziale per la prevenzione), ma avrebbe come unica funzione quella di stabilizzare l'impianto, pur rispondendo alle caratteristiche tecniche (riassorbibilità e disponibilità di almeno due differenti dimensioni) e preferenziali previste dall'Elenco lotti.

2.1.§-In punto di rito va confermata la reiezione dell'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse come già disposta da questo Tribunale con sentenza non

definitiva n. 346/2020.

Ora, se è pur vero che la finalità della gara bandita da [REDACTED] è quella di individuare una pluralità di operatori economici con i quali procedere alla stipula di un Accordo Quadro senza alcun confronto competitivo tra gli stessi, la regola tesa ad assicurare la pluralità degli affidatari finalizzata a favorire la più ampia e piena libertà di scelta alla stazione appaltante non può essere dilatata sino al punto da consentire l'ammissione alla gara anche di operatori che non siano in grado di offrire prodotti rispondenti alle esigenze richieste dalla stazione appaltante.

2.2.§- Passando al merito del ricorso con l'unico motivo di doglianza la ricorrente asserisce che la controinteressata avrebbe presentato un'offerta completamente diversa rispetto a quella prevista dalla legge di gara e ciò avrebbe dovuto comportare la sua esclusione dalla procedura.

La censura è meritevole di positivo apprezzamento.

2.3.§- Il Lotto 22 di gara ha ad oggetto "*dispositivi per la prevenzione e gestione delle infezioni chirurgiche*". Ciò significa che i dispositivi devono espletare entrambe le funzioni di prevenzione delle infezioni e di stabilizzazione dei CIED.

Come chiarito dal Verificatore, la riduzione del rischio di infezione correlata all'impianto di CIED rappresenta un'esigenza primaria per il benessere del paziente, di talché evitare le infezioni dei dispositivi impiantabili risulta assolutamente necessario.

Tale duplice funzione che i dispositivi devono assolvere si desume, chiaramente, oltre che dalla denominazione e descrizione del lotto in esame (n.22) e dal complesso delle previsioni della legge di gara, anche dal chiarimento n. 18 fornito dall'[REDACTED] prima della presentazione delle offerte, ove si precisava che "*in riferimento alle caratteristiche tecniche previste al lotto 22, si fa riferimento a presidi atti alla prevenzione delle infezioni del sito chirurgico dell'impianto di dispositivi in pazienti a rischio infettivo (diabetici, immunocompromessi, defedati, neoplastici, ecc.) e dispositivi che facilitino la guarigione chirurgica del sito*

stesso".

Trattasi, come rimarcato anche dal Verificatore, "*di due caratteristiche che devono essere inequivocabilmente svolte e contemplate dai device presi in considerazione dal bando di gara*".

E' stato rimarcato in giurisprudenza con riferimento alle caratteristiche essenziali e indefettibili delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* quale condizione di partecipazione alla procedura selettiva, che l'assenza di tali caratteristiche può risolversi in un "*aliud pro alio*" idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione anche in assenza di una espressa comminatoria escludente, allorchè le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie (Cons. Stato Sez. III, 14/05/2020, n. 3084).

Ed infatti dette caratteristiche, in quanto tali, assumono valore di elementi essenziali dell'offerta ai fini del soddisfacimento delle particolari esigenze dell'amministrazione (T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 29/01/2020, n. 413) e valgono a qualificare i beni oggetto di fornitura concorrendo, dunque, a definire il contenuto della prestazione sulla quale deve perfezionarsi l'accordo contrattuale (T.A.R. Emilia-Romagna Parma Sez. I, 10/01/2019, n. 1).

Di talchè le difformità essenziali nell'offerta tecnica che rilevano l'inadeguatezza della offerta proposta rispetto a quanto posto a base di gara determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (T.A.R. Campania Napoli Sez. V, 04/07/2019, n. 3703).

2.4.§- Ebbene, nonostante il prodotto offerto dalla controinteressata [REDACTED] [REDACTED] possenga le caratteristiche tecniche minime indispensabili richieste dalla legge di gara per l'aggiudicazione dell'offerta (Disponibilità di almeno due differenti dimensioni per adattarsi alle diverse protesi (pacemaker e defibrillatore); Riassorbibile) lo stesso si appalesa carente rispetto alle esigenze sottese alla legge di gara non essendo idoneo ad assolvere ad entrambe le

destinazioni d'uso richieste dalla stazione appaltante per il Lotto 22 di gara (*prevenzione e gestione delle infezioni chirurgiche*).

Quanto detto trova conferma nel contenuto relazione del Verificatore versata agli atti ove è stato rimarcato che, in effetti, l'aggiudicataria ha offerto un prodotto che assolve di certo alla funzione "*di stabilizzazione dei CIED*", ma che, tuttavia, non svolge l'ulteriore funzione "*di prevenzione delle infezioni dei CIED*", *atteso che "l'involucro CorMatrix CanGarooTM ECM non ha alcuna pubblicazione scientifica che ne dimostri l'efficacia clinica nella prevenzione delle infezioni dopo impianto di un dispositivo elettronico cardiaco, né a breve termine né a lungo termine. Alcuno studio scientifico sull'uomo ha dimostrato che il Cormatrix CanGaroo ECM consente di esercitare un'azione proattiva prima che le infezioni si inneschino"*.

In definitiva, condividendo sul punto le conclusioni a cui è pervenuto il Verificatore, ritiene il Collegio che il device fornito dalla controinteressata XXXXXXXXXX non dimostri efficacia clinica nel prevenire le infezioni del sito chirurgico post-impianto, di talchè l'offerta formulata dalla medesima si appalesa essenzialmente priva dei requisiti funzionali essenziali ed indefettibili richiesti dalle prescrizioni di gara in quanto inidonea ad assicurare il soddisfacimento delle particolari esigenze dell'amministrazione.

Il riscontrato difetto di tali elementi essenziali avrebbe dovuto condurre all'esclusione dalla gara della controinteressata.

3. §- Gli argomenti testé rappresentati evidenziano la fondatezza del gravame che, per tutte le ragioni sopra esposte, merita accoglimento.

Sussistono, comunque, i giustificati motivi per ritenere integralmente compensate tra le parti le spese del presente giudizio vista anche la complessità tecnica delle questioni sottese alla decisione, fatta eccezione per le spese di verifica che sono poste ad esclusivo carico della controinteressata e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto,

- annulla:

1) la determinazione dell' [REDACTED]
[REDACTED] - [REDACTED] nella parte in cui dispone l'aggiudicazione del Lotto n. 22 alla Società [REDACTED];

2) il provvedimento dell'Ufficio del Commissario straordinario di [REDACTED]
[REDACTED], nella parte in cui si propone di aggiudicare il Lotto n. 22 alla Società [REDACTED]

3) i verbali di gara nella parte in cui si dispone l'ammissione e la valutazione dell'offerta presentata dalla Società [REDACTED]

- Liquidata le spese di verifica in complessivi € 4.000,00 in favore dell'ing. [REDACTED] e ne pone l'onere a carico della controinteressata [REDACTED]

- Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Maria Colagrande, Primo Referendario

Giovanni Giardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Giardino

IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO