

Publicato il 20/06/2018

N. 00596/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00165/2018 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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 165 del 2018, proposto da Vitalaire Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Maria Buquicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto ex art. 25 CPA presso la Segreteria del TAR di Brescia, in via Carlo Zima n. 3;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Dario Meini, Alberto Besuzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Dario Meini in Brescia, borgo Pietro Wuhrer, n. 81;

nei confronti

A.S.S.T. di Cremona, A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII di Bergamo, A.S.S.T. di Mantova, A.S.S.T. di Monza, A.S.S.T. di Pavia, A.S.S.T. di Melegnano e Martesana non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa adozione di misura cautelare:

- del Bando di gara inerente la indizione di “Procedura aperta, aggregata, per fornitura sistemi noleggio full-service, per ventiloterapia meccanica domiciliare e trattamenti di supporto, compresi saturimetri per utilizzo ospedaliero, per 72 mesi” suddiviso in lotti, pubblicato su GURI n.5 del 12 gennaio 2018 e di tutta la relativa documentazione di gara allegata al Bando (Disciplinare di Gara, Capitolato Tecnico e relativi allegati);
- della determina a contrarre adottata ex art. 32 dlgs 50/2016, non conosciuta, e degli atti e provvedimenti, ugualmente non conosciuti, inerenti l'istituzione di una non meglio identificata “aggregazione di acquisto” tra le ASST in epigrafe.
- di ogni altro atto comunque presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2018 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia (di seguito solo ASST o Azienda) ha indetto, in qualità di capofila, una procedura di gara, in forma aggregata, per la “fornitura di sistemi di noleggio full-service per ventiloterapia meccanica domiciliare e per trattamenti di supporto, compresi saturimetri per utilizzo ospedaliero, per un periodo di 72 mesi” ed un valore totale stimato di 119.082.175,99 euro, suddivisa in 13 lotti, con possibilità di proroga per 12 mesi e clausola di estensione facoltativa per gli aggiudicatari a favore di altre Aziende sanitarie.

Vitalaire Italia SpA, società che opera nel settore dell'assistenza domiciliare per pazienti affetti da insufficienza respiratoria, ha impugnato il detto bando di gara e gli ulteriori atti della procedura meglio indicati in epigrafe.

La ricorrente, lamentando l'impossibilità di redigere un progetto tecnico completo e meditato e di svolgere plausibili calcoli di convenienza economica così da proporre un'offerta congrua e remunerativa, con conseguente immediata lesione della propria posizione giuridica soggettiva ed onere di immediata impugnazione della legge di gara, ha formulato, in sintesi, i seguenti motivi di ricorso: 1) -in relazione all'art. 3 del Disciplinare, violazione della DGR X/6917 del 24.7.2017 in quanto a fronte dell'ASST Capofila sono previsti distinti rapporti contrattuali con ciascuna Azienda partecipante all'erogazione, decorrenti in momenti diversi; -l'attività oggetto della gara non è programmabile in relazione alla diversa dislocazione territoriale, giusta le aggregazioni delle singole Aziende e in considerazione della mancanza di quantitativi preventivati o preventivabili; -mancato rispetto dell'art. 1 della legge n. 296/2006 in relazione all'art. 37 del D. Lgs. n. 50/2016 e mancato rispetto

dell'art. 1 del D.L. 95/2012; -incertezza in ordine alla indicazione delle ASST i cui fabbisogni rientrano effettivamente nell'importo posto a base di gara e quelle che invece possono aderire nel corso di validità del rapporto e illegittimità per indeterminatezza della clausola di adesione fino ad una massimo del 300% del valore di ciascun lotto, con conseguente impossibilità di stabilire *ex ante* le obbligazioni a carico dell'aggiudicatario; 2) -violazione della durata massima di 4 anni prevista dall'art. 54 D.Lgs. 50/2016 per l'accordo quadro e mancata indicazione della condizioni oggettive per determinare quale operatore parte dell'accordo quadro effettuerà la prestazione; illegittimità, in relazione ai lotti 1-5-6-12-13, della assegnazione del 60% del lotto all'aggiudicatario senza applicazione del principio di appropriatezza terapeutica; -indeterminatezza ed oscurità del sistema di assegnazione della fornitura previsto per i lotti 1-5-6-12-13, nonché contraddittorietà di quanto ivi previsto con la previsione secondo la quale per la stazione appaltante la scelta dell'affidamento della quantità in accordo quadro avverrà contestualmente al provvedimento di aggiudicazione, laddove, per le aziende in aggregazione, con l'aggiudicazione la stazione appaltante si limiterà ad attribuire tutti i quantitativi al primo in graduatoria, rimandando agli atti di recepimento delle risultanze di gara l'eventuale scelta delle quantità da affidare nell'ambito dell'accordo quadro; -nullità della prescrizione che impone all'aggiudicataria, ove il medico prescriva un modello di ausilio prodotto o distribuito da ditta diversa dall'aggiudicataria stessa, di fornire comunque tale modello; 3) -illegittimità della previsione della possibilità di presentare offerte in aumento (con riserva per la stazione appaltante di non accettarle) in quanto incidente sulla possibilità di presentare un'offerta ragionata;

-mancata indicazione dei sub pesi/punteggi in relazione ai sub parametri indicati ai fini della valutazione tecnica dell'offerta; -inadeguatezza ed irragionevolezza dell'utilizzo degli stessi criteri e sub criteri –che in alcuni casi appaiono, oltre tutto, incompressibili ed indeterminati - in relazione a tutti i 13 lotti aventi ad oggetto dispositivi medici diversi; -insufficienza ed indeterminatezza delle specifiche tecniche richieste, con conseguente impossibilità di determinare il tipo di apparecchiatura richiesta; 4) -la suddivisione in lotti non risponde alla suddivisione in lotti funzionali e/o prestazionali, giusta la mancanza delle specifiche tecniche che definiscono i lotti; -illegittimità della previsione secondo la quale la stazione appaltante si riserva di scindere e quindi variare i lotti qualora sia ritenuto possibile ed utile sotto il profilo funzionale ed economico; 5) -illegittimità della clausola di cui all'art. 1 del Disciplinare per violazione degli artt. 108 e 109 del D. Lgs. 50/2016 in tema di recesso e risoluzione; -illegittimità della remunerazione prevista dalla clausola di cui all'art. 5 del Disciplinare, in relazione ai lotti da 1 a 11, per violazione dell'art. 2014 c.c. in tema di ingiustificato arricchimento; -illegittimità delle clausole del Disciplinare che pongono a carico dell'aggiudicatario costi non preventivabili in relazione all'obbligo di adeguarsi alle modalità di gestione degli ordini di fornitura tramite sistemi telematici; - indeterminatezza nella descrizione di alcuni lotti, con riferimento ai quali è impossibile stabilire le quantità di prodotti oggetto di fornitura.

Si è costituita in giudizio l'ASST di Brescia, la quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad impugnare, non traducendosi le contestazioni formulate

in ricorso in reali ostacoli alla partecipazione alla gara; nel merito, ha rilevato l'infondatezza delle censure articolate in ricorso, evidenziando la piena legittimità della procedura seguita.

Rinunciata la domanda cautelare, in vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive e di replica con le quali hanno ulteriormente precisato le rispettive posizioni ed argomentazioni.

Alla Pubblica Udienza del 30 maggio 2018, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Preliminarmente, considerata l'eccezione di parte resistente, vanno definiti i presupposti di ammissibilità del ricorso.

Premesso il principio generale che riconduce l'onere di immediata impugnazione all'esistenza in capo al ricorrente di una lesione non potenziale, ma concreta ed attuale, ed alla sussistenza di un altrettanto attuale interesse ad impugnare, si rileva che già l'A.P. del Consiglio di Stato n. 1 del 2003 non ha escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara; in tali ipotesi, è stata ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di *clare loqui*, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione, ciò in quanto tali

clausole sembrano sostanzialmente comportarsi come le clausole riguardanti i requisiti soggettivi o di partecipazione, per le quali l'esistenza di tale onere è tradizionalmente affermato. Le clausole in questione, infatti, manifestano immediatamente la loro lesività, appaiono sostanzialmente idonee a precludere immediatamente la stessa partecipazione alla procedura concorsuale e ricollegano alle prescrizioni introdotte un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere atto alla gara) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti.

Successivamente, in giurisprudenza è stato ribadito che sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica per contestare clausole che siano impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara. In siffatti casi, già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione ma non può farlo a causa delle suddette clausole che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso (*Consiglio di Stato, sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110*).

Ancora, è stato di recente osservato (*Consiglio di Stato, sez. III, 18 aprile 2017, n. 1809*, che richiama, tra le altre, *Consiglio di Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180* e *Consiglio di Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491*) che l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico "escludenti", che prevedono requisiti soggetti di partecipazione, ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la

presentazione di una offerta. Nel tentativo di enucleare i casi in cui tale evenienza può verificarsi, sono state evidenziate, tra le altre, le seguenti ipotesi: - le regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; - le previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; - le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; - le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; - l'imposizione di obblighi *contra ius*; - le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate.

Infine, da ultimo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 26 aprile 2018, n. 4, richiamando le due fondamentali pronunce in precedenza rese (A.P. n. 1/2003 e A.P. n. 4/2011), ha sostanzialmente confermato gli esposti approdi cui è giunta la giurisprudenza.

Ebbene, le censure di parte ricorrente - la quale, contestando molteplici previsioni della legge di gara, lamenta sostanzialmente l'impossibilità di presentare un'offerta consapevole e ponderata, non potendosi apprezzare *ex ante* la convenienza economica delle obbligazioni che si dovrebbero assumere - saranno apprezzate alla luce dei principi sopra esposti, evidenziandosi quelle ritenute inammissibili.

Tanto premesso, giova riportare le previsioni della legge di gara che appaiono più rilevanti ai fini che qui interessano:

- l'art. 3 del disciplinare dispone che la gara sarà svolta in forma aggregata dalle seguenti Aziende: - A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia – capofila - (fabbisogni delle A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia, A.S.S.T. della Franciacorta e A.S.S.T. del Garda); - A.S.S.T. di Cremona – mandante - (fabbisogni delle A.S.S.T. di Cremona e A.S.S.T. di

Crema); - A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII di Bergamo – mandante - (fabbisogni delle A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII di Bergamo, A.S.S.T. di Bergamo Est e A.S.S.T. di Bergamo Ovest); - A.S.S.T. di Mantova – mandante; - A.S.S.T. di Monza – mandante; - A.S.S.T. di Pavia – mandante; - A.S.S.T. di Melegnano e Martesana – mandante, le quali procedono congiuntamente, in aggregazione d'acquisto, all'affidamento della fornitura in oggetto. La gara darà vita a distinti rapporti contrattuali intercorrenti fra la ditta aggiudicataria e ciascuna Azienda partecipante all'aggregazione. Tali rapporti, indipendenti gli uni dagli altri, si costituiranno: - per l'A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia (mandataria), con il provvedimento di aggiudicazione della gara; - per le aziende aggregate (mandanti), con la deliberazione di presa d'atto dell'esito della gara, tenuto eventualmente conto delle scadenze contrattuali riferite a forniture già in corso di validità.

E', inoltre, espressamente previsto che “in attuazione della D.G.R. Lombardia n. IX/2633 del 6/12/2011, l'A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia ha sottoscritto un accordo per attivare modalità di acquisto con le sotto elencate aziende. Le Aziende che hanno aderito all'accordo, come rideterminate con D.G.R. X/4702 del 29/12/2015, sono: -A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia; - A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII di Bergamo; - A.S.S.T. di Bergamo Est; -

A.S.S.T. di Bergamo Ovest; - A.S.S.T. di Crema; - A.S.S.T. di Cremona; - A.S.S.T. della Franciacorta
- A.S.S.T. del Garda; - A.S.S.T. di Mantova; - Istituto Zooprofilattico Sperimentale di Lombardia ed Emilia-Romagna.

L'accordo consente alle Aziende firmatarie di chiedere ai soggetti che, a seguito della procedura in oggetto, saranno dichiarati aggiudicatari, l'estensione del contratto, anche limitatamente ad uno o più lotti, alle condizioni definite dalla procedura stessa; lo stesso potrà essere esteso anche all'ASST della Valcamonica, oltre alle ASST Pavia, ASST Monza e ASST Melegnano e Martesana, per i lotti nei quali non fossero già in aggregazione preventiva.

In applicazione di quanto sopra, nel corso di validità del contratto sottoscritto con l'A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia (incluse eventuali proroghe), alla ditta individuata quale aggiudicataria potrà essere chiesto di estendere la fornitura anche ad una o più delle Aziende sopra indicate, fino ad un ammontare massimo pari al 300% del valore di ciascun lotto. La capofila e le aziende in aggregazione preventiva non rientrano nel conteggio. La responsabilità di accettare adesioni entro tali limiti, resta in capo all'aggiudicatario di ogni singolo lotto.

In presenza di contratti di rivendita in esclusiva per zone territoriali diverse da quelle della stazione appaltante, le Aziende interessate potranno autonomamente formalizzare il subentro del rivenditore, previo accertamento del possesso dei requisiti richiesti.

La durata della fornitura coinciderà con il residuo di durata contrattuale stabilita dalla gara originaria.

L'A.S.S.T. degli Spedali Civili di Brescia resterà estranea ai patti e condizioni che si stabiliranno tra il fornitore e l'Azienda cui viene

esteso l'accordo, che daranno origine ad un rapporto contrattuale autonomo.

Il fornitore non sarà obbligato ad accettare la richiesta di adesione.”;

-l'art. 5 del disciplinare, tra l'altro, stabilisce che “I prezzi offerti si intendono fissi, definitivi, scontati e validi per tutta la durata della fornitura, comprese eventuali proroghe, fatto salvo quanto previsto dall'art. 106 del D.Lgs. 50/2016”;

-l'art. 7 del disciplinare dispone che l'Azienda si riserva di valutare la necessità di scindere lotti, qualora lo ritenga possibile e utile sotto il profilo organizzativo e/o economico; è, altresì, evidenziato che la base d'asta non è tassativa, ma l'Azienda si riserva la facoltà di non accettare offerte superiori alla base d'asta stessa, qualora le stesse non risultino compatibili con le disponibilità di bilancio;

-l'art. 10 del disciplinare stabilisce che l'aggiudicazione avverrà, per singolo lotto, secondo i criteri di cui all'art. 95, comma 2, del

D.Lgs. n. 50/2016, a favore della ditta che avrà presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, valutato considerando i parametri di cui alle griglie indicate. Per quanto riguarda la qualità, in particolare, è previsto un punteggio massimo pari a 70 punti, suddiviso in tre parametri: 1. Progetto di esecuzione del Servizio - punti 30; 2. Dotazione tecnologica - punti 30; 3. Materiale consumabile –punti 10. I tre parametri risultano specificati nel seguente modo :

“Parametro 1 - Progetto di esecuzione del servizio in termini di: - modalità di esecuzione ed intervento - qualifica e professionalità del personale impiegato; -modalità di avviamento dei nuovi pazienti arruolati; - modalità di rifornimento del materiale consumabile; - tempistica, nella rilevazione e soluzione delle problematiche; - servizi

aggiuntivi offerti; - training formazione ed addestramento; - disponibilità a modellare il servizio adattandolo alle specificità cliniche da trattare (maschere da sostituire o da fornire oltre il minimo previsto);- assistenza tecnica preventiva, ordinaria, urgente; Parametro n. 2 – Dotazione tecnologica in termini di: - caratteristiche tecniche dei sistemi offerti; - gamma di modelli offerti; - livello tecnologico anche con riferimento alla completezza degli accessori offerti; - modalità per garantire monitoraggio da remoto; - caratteristiche funzionali; - aspetti legati alla sicurezza per paziente e ambiente; - rumorosità e costanza/regolarità nell'attività meccanica di ventilazione; - caratteristiche aggiuntive; Parametro 3 – Materiale consumabile in termini di: - caratteristiche tecniche e funzionali delle maschere; - adattabilità e confort per il paziente; - gamma e completezza dei dispositivi offerti; - caratteristiche tecniche e funzionali dei dispositivi accessori (cannule, raccordi ecc.)”.

E' precisato che per il calcolo del punteggio tecnico si applicherà il Metodo Aggregativo-Compensatore secondo la formula ivi indicata.

Si precisa, inoltre, che “per i lotti n. 1-5-6-12-13 alla ditta individuata quale vincitrice verrà aggiudicato almeno il 60% del numero complessivo dei trattamenti che costituiscono il lotto preso in esame, secondo i principi della Procedura Aperta. La restante quota, corrispondente ad un massimo del 40% dei prodotti, verrà assegnata alle ditte che avranno superato sia l'aspetto qualitativo sia l'aspetto economico, fino a totale copertura del numero di prodotti che costituiscono il lotto oggetto di valutazione, secondo i principi dell'Accordo Quadro, e potrà essere affidata a ditte diverse dall'aggiudicataria solo in presenza di specifiche esigenze clinico-terapeutiche ed organizzative debitamente segnalate e motivate dal

prescrittore e/o dal reparto utilizzatore, senza ulteriore confronto competitivo.”

Si precisa, infine che “In caso di gara aggregata, per la stazione appaltante, la scelta dell'affidamento delle quantità in Accordo Quadro avverrà contestualmente al provvedimento di aggiudicazione. Per le aziende in aggregazione, invece, con il provvedimento di aggiudicazione, la stazione appaltante si limiterà ad attribuire tutti i quantitativi al 1° concorrente in graduatoria, rimandando agli atti di recepimento delle risultanze di gara l'eventuale scelta di quantità da affidare nell'ambito dell'Accordo Quadro.”;

-l'art. 14 del disciplinare, rubricato “altre indicazioni”, stabilisce inoltre: -che è facoltà dell'Azienda procedere ad acquisti liberi sul mercato di particolari partite di materiale ove non fossero nella tempestiva, provvisoria o definitiva disponibilità della ditta, la quale dovrà assumere l'onere dell'eventuale maggiore spesa; -che l'Azienda si riserva la facoltà di provvedere ad acquisti di particolari partite dei dispositivi di cui al presente disciplinare, in deroga alle condizioni ed impegni contrattuali, in

misura non superiore al 20% del totale della fornitura; -che le quantità previste nel presente disciplinare sono puramente indicative e che i consumi ad esse correlati non costituiscono un impegno o una promessa dell'Azienda, essendo l'attività clinica non esattamente quantificabile, in quanto subordinata a fattori variabili e ad altre cause e circostanze legate alla sua particolare natura, nonché ad eventuali manovre di contenimento della spesa sanitaria, per cui la ditta aggiudicataria sarà tenuta, ai sensi dell'art. 1560 c.c., a fornire, alle condizioni economiche risultanti dalla gara, solo ed

esclusivamente le quantità o i tipi di prodotti che saranno effettivamente richiesti, senza poter avanzare alcuna eccezione o reclamo qualora le quantità ordinate risultassero diverse da quelle indicate negli allegati A e B; -che, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a), del D.Lgs. 50/2016, tutte le clausole inserite nel disciplinare consentono di procedere a modifiche contrattuali, senza limitazione di importo, per le variazioni previste e per le quali si è tenuto debitamente conto in sede di commisurazione del valore dell'appalto (variazione nei quantitativi, proroga o rinnovo, adesione postuma, ecc.), precisandosi che il fornitore è obbligato nei limiti del c.d. quinto d'obbligo.

Tanto premesso, è ora possibile passare all'esame dei motivi di ricorso.

Le censure articolate nei primi due motivi di ricorso, per quanto distinte, possono essere trattate unitamente, presentando profili di connessione logico-giuridica.

Sotto un primo aspetto, non appare fondata la denunciata violazione del modello organizzativo di cui alla DGR X/6717 del 24.7.2017. Invero, come evidenziato dalla difesa dell'Amministrazione, l'ASST di Brescia, che è ASST contabile e che riveste il ruolo capofila, gestisce gli acquisti per il proprio bacino di utenza nonché per quello della ASST del Garda e della ASST della Franciacorta; la ASST di Brescia non è, invece, competente ad operare nel territorio della ASST di Cremona (che copre i fabbisogni anche della ASST di Crema), della ASST Papa Giovanni XXIII di Bergamo (che copre i fabbisogni anche della ASST di Bergamo Est e della ASST di Bergamo Ovest), della ASST di Mantova, della ASST di Monza, della ASST di Pavia e della ASST di Melegnano e Martesana, tutte ASST

contabili, con in carico i fabbisogni del proprio bacino territoriale. La prevista costituzione di rapporti contrattuali autonomi, pertanto, non risulta violare il modello organizzativo di cui alla DGR X/6917 del 24.7.2017.

Va dichiarata, invece, inammissibile la dedotta violazione dell'art. 1 della legge n. 296/2006 e dell'art. 1, comma 3, del D.L n. 95/2012, in quanto, da un lato, la censura appare del tutto generica e meramente dubitativa; dall'altro, non sussiste comunque un interesse a ricorrere non ravvisandosi alcuna lesione in capo alla ricorrente in dipendenza delle asserite violazioni.

Risultano, per contro, ammissibili e presentano profili di fondatezza le censure relative alla clausola di adesione ove valutate unitamente alle censure –formulate nel secondo motivo di ricorso –di violazione della durata massima di 4 anni prevista dall'art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016, di mancata indicazione della condizioni oggettive per determinare quale operatore parte dell'accordo quadro effettuerà la prestazione e di indeterminatezza ed oscurità del sistema di assegnazione della fornitura previsto per i lotti 1-5-6-12-13.

In particolare, va evidenziato che, in relazione ai lotti 1-5-6-12-13, è effettivamente precluso ai concorrenti l'individuazione della concreta consistenza degli oneri e degli investimenti indispensabili e il conseguente (eventuale) vantaggio economico, atteso che l'entità della commessa da aggiudicarsi al vincitore della gara in base ai principi della Procedura Aperta non risulta determinata, potendo oscillare tra il 60% ed il 100% del numero complessivo dei trattamenti costituenti il singolo lotto, così come, in forza di conseguenza riflessa, indeterminata è anche la quota residua riservata

all'Accordo Quadro, indicata dalla legge di gara in una percentuale massima del 40% dei prodotti.

L'indeterminatezza in ordine al numero complessivo di prodotti da aggiudicarsi tramite le due distinte procedure (che, evidentemente, richiedono valutazioni diverse ai fini della formulazione di una ponderata proposta) è un dato inconfutabile che connota la legge di gara.

Tale anomalia della procedura censurata, che peraltro risulta orfana di una adeguata giustificazione nella legge di gara, non permette all'operatore economico di disporre di quegli elementi di base e di quelle necessarie informazioni che costituiscono il presupposto minimo per formulare un'offerta mirata e pienamente consapevole.

Del resto, se, come afferma la difesa dell'Amministrazione (pag. 7 della memoria difensiva depositata il 15.5.2018), la previsione di una "rosa" di fornitori che potrebbero ricevere l'affidamento di parti di fornitura secondo le regole dell'Accordo Quadro è funzionale a garantire la continuità dei trattamenti in corso (quindi, con riferimento a tutti i pazienti che prima dell'aggiudicazione risultavano già in trattamento con specifici sistemi), non è dato comprendere per quali ragione l'Amministrazione –sulla base di una precisa verifica delle necessità –non sia stata in grado di individuare con esattezza le quantità della fornitura da assegnare in base all'Accordo Quadro, in luogo di una previsione all'evidenza indeterminata in quanto variabile dallo 0% al 40%. E', poi, evidente che tale indeterminatezza si riflette sul numero complessivo di trattamenti da aggiudicarsi tramite Procedura Aperta.

L'evidenziata situazione di indeterminatezza in ordine alla esatta individuazione dell'entità della commessa appare ulteriormente

aggravata dalla clausola di adesione censurata dalla ricorrente, così come dalle singole previsioni del disciplinare di gara, che danno luogo, sulla base di accadimenti del tutto eventuali e non preventivabili *ex ante* da parte dei concorrenti, a notevoli modifiche dell'entità della fornitura medesima. Se è pur vero, infatti, che la clausola contestata dalla ricorrente, singolarmente considerata e valutata in astratto, non appare illegittima, calata nel contesto concreto della presente procedura contribuisce a determinare quel grado di incertezza ed indeterminatezza della prestazione che il concorrente dovrebbe, invece, poter individuare, *ex ante*, con precisione al fine di formulare un'offerta seria e ponderata, congrua ed affidabile.

Né risulta idonea a superare le esposte criticità la nota del Responsabile SUPI (Servizio Unificato Protesica Integrativa) del 9.5.2018, in quanto, pur volendo prescindere dalla (evidente) tardività, la stessa non è idonea ad incidere (né, peraltro, potrebbe) sulla fondamentale impostazione di base della procedura censurata che presenta criticità relative ai profili di indeterminatezza sopra evidenziati e che non appaiono obiettivamente superabili.

Parimenti fondata è la censura relativa alla dedotta violazione dell'art. 54 del D.Lgs n. 50/2016 in relazione alla durata dell'Accordo Quadro, fissata da detta disposizione in 4 anni "*salvo in casi eccezionali, debitamente motivati, in particolare dall'oggetto dell'accordo quadro*": nel caso in esame manca del tutto la motivazione tesa a giustificare la scelta di una durata pari a sei anni, peraltro prorogabile a sette.

Non è ammissibile, invece, la censura di nullità della previsione che impone all'aggiudicataria, ove il medico prescriva un modello prodotto o distribuito da ditta diversa dall'aggiudicataria stessa, di

fornire comunque tale modello: la gravata previsione, invero, non è immediatamente lesiva della posizione giuridica soggettiva della ditta ricorrente, né è idonea a costituire reale impedimento alla presentazione dell'offerta.

In conclusione, le censure di cui ai primi due motivi di ricorso sono fondate e vanno accolte nei limiti esposti.

Anche il terzo motivo di ricorso, nel contesto della procedura in esame, presenta profili di fondatezza nei termini di seguito indicati.

Il carattere non tassativo della base d'asta, con facoltà di aggiudicare la gara anche ad una offerta in aumento e contestuale riserva per l'ASST di non accettare le offerte superiori - che rappresenta, comunque, un sintomo di non corretta (o comunque imprecisa) determinazione del fabbisogno - mal si concilia con la generica previsione relativa alle modalità di assegnazione della quota dei prodotti secondo i principi dell'Accordo Quadro, quota da assegnarsi alle ditte offerenti che avranno superato *“sia l'aspetto qualitativo sia l'aspetto economico”*, tanto più ove si consideri che tale valutazione dovrà essere evidentemente compiuta *ex post* e che comunque non sono indicati i criteri in base ai quali tale vaglio dovrà essere effettuato in caso di offerta in aumento.

Giova ribadire, a tale proposito, che non risulta esplicitato nelle legge di gara un criterio oggettivo e valutabile da parte dei concorrenti che individui i termini e le modalità di affidamento delle quantità in Accordo Quadro.

La censurata previsione, dunque, calata nell'ambito della procedura di cui si discute, appare effettivamente idonea a non consentire la presentazione di un'offerta congruamente ragionata.

Quanto alle doglianze relative ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, se ne rileva la fondatezza nei limiti e termini di seguito indicati.

Come evidenziato nelle premesse, in relazione alla qualità (a cui è assegnato un punteggio massimo di 70 punti), il disciplinare di gara prevede tre parametri di valutazione, per i quali sono indicati i relativi punteggi (30 per il primo, 30 per il secondo e 10 per il terzo); detti tre parametri sono, a loro volta, suddivisi in sub criteri in relazione ai quali, però, non sono indicati i sub pesi.

Ebbene, i sub criteri non sono mere specificazioni esemplificative, ma costituiscono profili eterogeni di valutazione che avrebbero dovuto essere corredati dall'indicazione del relativo punteggio massimo.

Un tanto è richiesto non solo perché tale indicazione consente di evitare di dilatare oltre misura l'apprezzamento soggettivo da parte della Commissione giudicatrice, ma soprattutto, nel caso in esame, avrebbe permesso ai concorrenti, nell'ambito di precise scelte imprenditoriali conseguenti a valutazioni consapevoli, di valorizzare maggiormente alcuni aspetti qualitativi dell'offerta rispetto ad altri, potendo confidare su un maggiore apprezzamento da parte della Commissione giudicatrice. In buona sostanza, l'indicazione dei sub pesi assegnati ad ogni sub parametro avrebbe permesso ai partecipanti di meglio calibrare la proposta tecnica in relazione agli aspetti che verosimilmente sarebbero stati maggiormente apprezzati dalla Commissione.

Quanto ai profili di ammissibilità della censura, in relazione alla natura del vizio ed alla sua immediata lesività, si osserva che, nella anomala procedura di cui si discute, caratterizzata dai profili di

indeterminatezza sopra evidenziati, la mancanza dei sub punteggi relativi ai sub parametri di valutazione qualitativa concorre indubbiamente a rendere oltre modo difficoltosa la ponderazione in ordine ad una corretta formulazione dell'offerta tecnica –con evidente riverbero su quella economica - che il concorrente è chiamato a presentare.

Tale vizio assorbe le ulteriori censure relative ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Il quarto motivo di ricorso risulta parzialmente fondato.

La censura relativa alla suddivisione in lotti della gara appare, innanzitutto, inammissibile, atteso che non determina una lesione immediata per la ricorrente, né pregiudica al partecipazione alla gara.

In ogni caso, la doglianza appare, altresì, infondata nel merito, giusta il chiarimento reso dalla Stazione Appaltante alla domanda n. 41 in ordine alle caratteristiche tecniche degli apparecchi richiesti.

Quanto alla censura relativa alla riserva in favore dell'Amministrazione di valutare la necessità di scindere i lotti ove ritenuto possibile e utile sotto il profilo organizzativo e/o economico, si osserva quanto segue: tale previsione, invero, rappresenta, unitamente ad altre previste nella legge di gara ed in mancanza di giustificazioni concrete che non emergono dagli atti di causa, un indizio rivelatore di un difetto istruttorio, con riferimento in particolare alla programmazione ed alla stima dei fabbisogni, che deve in ogni caso precedere qualunque procedura di affidamento. Sotto tale profilo, dunque, la censura di parte ricorrente, la quale evidenzia che l'offerta viene formulata in base alla composizione dei singoli lotti, in termini di oggetto, fabbisogno, luogo di esecuzione ecc. e che la previsione censurata determina incertezza, risulta

fondata in quanto la possibilità di scindere i lotti introduce, in una procedura già caratterizzata da plurimi elementi di indeterminatezza, un ulteriore elemento di incertezza nell'assetto negoziale che pregiudica la possibilità di formulare un'offerta adeguatamente soppesata.

Il quinto motivo di ricorso non merita accoglimento.

Inammissibile risulta la contestazione della previsione di cui all'art. 1 del Disciplinare di gara (relativa al periodo di prova) per asserita violazione degli artt. 108 e 109 del D. Lgs. n. 50/2016 in tema di recesso e risoluzione, atteso che non si tratta di previsione escludente, né immediatamente lesiva della posizione della ricorrente. Inammissibile ed infondata risulta la censura relativa all'art. 5 del Disciplinare. Tale disposizione prevede che il trattamento di durata superiore a 15 giorni nel mese di calendario "esita nella remunerazione mensile", mentre quello di durata uguale o inferiore a 15 giorni "non esita in alcuna remunerazione". La previsione non appare escludente, né immediatamente lesiva e la censura formulata non è supportata da uno specifico interesse. In ogni caso, il criterio utilizzato dall'Amministrazione prevede un sorta di "compensazione" delle retribuzioni dovute tra trattamenti di durata maggiore o minore di 15 giorni, criterio che pare rientrare nella discrezionalità della Stazione Appaltante.

Anche la censura relativa alle clausole del Disciplinare (artt. 11 e 15), che secondo la ricorrente porrebbero a carico dell'aggiudicatario costi non preventivabili in relazione all'obbligo di adeguarsi alle modalità di gestione degli ordini di fornitura tramite sistemi telematici, non è condivisibile.

La censura si appalesa, innanzitutto, inammissibile per difetto di immediata lesività della posizione giuridica soggettiva della ricorrente; in ogni caso, la stessa appare anche infondata in considerazione del chiarimento reso dalla Stazione Appaltante (risposta alla domanda n. 62), la quale ha precisato che “La clausola è applicata oggi alle sole adesioni alle convenzioni centralizzate ARCA. Questa è invece una procedura di gara gestita a livello decentrato. E’ possibile che in futuro Regione Lombardia possa promuovere sistemi integrati con i gestionali delle stazioni appaltanti, che prevedano l’emissione di ordini sul NECA. Ad oggi non ci sono elementi per ritenere tale eventualità di imminente realizzazione. E’ ragionevole pensare che i costi siano a carico principalmente delle stazioni appaltanti e che non siano legati ad una specifica procedura di gara. Dal lato degli operatori economici invece, in occasioni di aggiudicazioni centralizzate, risulta che gli stessi già siano in grado di ricevere ordini tramite NECA”.

Infine, anche l’ultima censura articolata dalla ricorrente, con la quale è denunciata l’indeterminatezza della descrizione di alcuni lotti, con riferimento ai quali sarebbe impossibile stabilire le quantità di prodotti oggetto di fornitura, risulta destituita di fondamento.

Invero, si rileva che le censure di parte ricorrente corrispondono ad altrettante domande di chiarimento cui la Stazione Appaltante ha fornito adeguata e puntuale risposta (in particolare risposte sub nn. 68, 79 e 81) il cui contenuto non è stato ulteriormente e sostanzialmente contestato dalla ricorrente.

In definitiva, le censure articolate in ricorso sono fondate nei termini sopra esposti, per cui il ricorso va accolto, con annullamento degli atti impugnati.

Le spese di causa sono liquidate in dispositivo in base alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale degli Spedali Civili di Brescia al pagamento delle spese di causa che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre IVA, CPA ed accessori di legge.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere

Alessio Falferi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessio Falferi

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO