

Publicato il 19/06/2018

N. 00593/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00157/2018 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 157 del 2018, proposto da Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Ambrosini, Luisella Savoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luisella Savoldi in Brescia, via Solferino 67;

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;

A.S.S.T. Papa Giovanni XXII di Bergamo, A.S.S.T. di Cremona, 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

della gara d'appalto indetta dall'ASST degli Spedali Civili di Brescia quale capofila avente ad oggetto “procedura aperta, 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”, 13 lotti, valore Iva esclusa Euro 119.082.175,00, pubblicata sulla GUCE 2018/S 006-008820 il 10.1.2018; del Bando, del Disciplinare, del CSA e di tutti gli allegati, nonché di ogni altro atto e provvedimento ad essi inerente, presupposto, conseguente o comunque connesso, ivi compreso il Decreto n. 1138 del 29.12.2017.

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.

La società Sapio Life srl, operatore di rilievo nel settore oggetto della gara, ha impugnato il bando e gli altri atti di gara indicati in epigrafe, lamentando violazioni di legge e gravi vizi tali da pregiudicare il rispetto di principi cardine delle procedura ad evidenza pubblica, in conseguenza della previsione di condizioni manifestamente incomprensibili, indeterminabili, aleatorie e vessatorie, tali da rendere impossibile il calcolo di convenienza tecnico-economica, impedendo la formulazione di un'offerta ponderata.

Premesso la sussistenza dell'interesse al ricorso, giusta l'attualità della lesione della propria situazione giuridica soggettiva, la ricorrente, in sintesi, ha formulato i due seguenti articolati motivi di ricorso: 1) illegittima previsione di una disciplina ibrida, con appalto diretto per procedura aperta e accordo quadro, rispettivamente, ex art. 60 e art. 54 del D.Lgs n. 50/2016, con violazione di entrambe le discipline; impossibilità di individuare il risultato utile da conseguire, la effettiva consistenza degli oneri e degli investimenti e il relativo vantaggio economico in relazione ai lotti 1, 5, 6, 12 e 13, per i quali è previsto che alla ditta individuata quale aggiudicataria verrà aggiudicato almeno il 60% del numero complessivo dei trattamenti mentre la restante quota, corrispondente ad un massimo del 40%, sarà assegnata secondo i principi dell'accordo quadro alle ditte che avranno superato sia l'aspetto qualitativo sia l'aspetto economico; impossibilità di comprendere il riferimento ad elementi "qualitativi ed economici", espressione che rimetterebbe ogni scelta all'arbitrio dell'Amministrazione; illogicità e contraddittorietà della previsione secondo cui l'esecuzione dell'accordo quadro potrà essere affidata a

ditte diverse dall'aggiudicatario solo in presenza di specifiche esigenze clinico-terapeutiche ed organizzative debitamente segnalate e motivate, del tutto indeterminate ex ante; violazione del termine di quattro anni per l'accordo quadro; anche i lotti 2-3-4-7-8-9-10-11, per i quali è prevista la *“mera individuazione di un elenco di prodotti idonei, dai quali attingere secondo i sopra citati principi dell'accordo quadro”*, sarebbero disciplinati in maniera generica, indeterminata e contraddittoria, senza la previsione di aggiudicazione; assenza di disciplina dell'accordo quadro, non essendo previsto un criterio obiettivo e soppesabile che individui i termini e le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici divenuti parti dell'accordo effettuerà la prestazione; libertà (con conseguente indeterminabilità della prestazione) delle Aziende aggregate di effettuare, in occasione del recepimento delle risultanze di gara, l'eventuale scelta delle quantità da affidare nell'ambito dell'accordo quadro; clausola di estensione di ogni singolo negozio del 300% in forza di presupposti inesistenti e partendo da una base non definita, con conseguente indeterminatezza ed impossibilità di previsione; possibilità di beneficiare della clausola di estensione anche da parte delle ASST in aggregazione preventiva con aggravamento della indeterminatezza ed ambiguità dell'oggetto dell'estensione e violazione della previsione di cui all'art. 106 del D.Lgs n. 50/2016; illegittimità della previsione che consente il subentro dei rivenditori di zona; inoltre, sarebbero illegittime le seguenti clausole e previsioni: -per i lotti 11 e 12 è richiesta la fornitura di prodotti con marchio specifico “Masimo o Nellcor” senza clausola di equivalenza; -gli importi posti a base di gara sarebbero troppo bassi (-30% di quelli attualmente praticati); -irragionevolezza del rilievo attribuito al solo

prezzo del “dispositivo medico” in relazione alla previsione del pagamento a canone del servizio; -impossibilità di variare il prezzo del medesimo prodotto su lotti diversi; -illegittimità della clausola che impone di fornire il modello prescritto dal medico anche se distribuito da impresa diversa dall’aggiudicataria; -carenza di informazioni in ordine agli oneri ed obblighi connessi all’utilizzo del materiale indicato e richiesto; -contraddittorietà ed indeterminatezza dell’indicazione del valore stimato/stimabile dell’appalto; 2) impossibilità di formulare offerte tecniche ponderate per inadeguatezza dei parametri qualità, che risultano del tutto generici, trattandosi di meri indicatori, disomogenei e diversi tra loro, degli aspetti dell’offerta suscettibili di valutazione; impossibilità di formulare una offerta tecnica mirata e calibrata, per mancata previsione del peso di ciascun indicatore nell’attribuzione dei macro punteggi su ciascun parametro; impossibilità di comprendere quali aspetti saranno valorizzati dalla Commissione di gara.

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 in reali ostacoli alla partecipazione; nel merito, ha rilevato l’infondatezza del 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.

Alla luce di quanto sopra, il ricorso proposto dalla ricorrente - la quale, censurando una procedura ritenuta del tutto illogica ed irragionevole, 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 - si appalesa ammissibile.

L'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso è, dunque, infondata.

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. 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 due complessi motivi di ricorso.

Il primo motivo risulta fondato nei termini e limiti di seguito indicati. In linea generale, va premesso che il Collegio nutre dubbi in ordine alla legittimità di una procedura ibrida che, a fronte di un'unica offerta, contempla due sbocchi procedurali differenti, retti da discipline differenti (artt. 60 e 54 D.Lgs 50/2016) che inevitabilmente rispondono ad esigenze diverse.

In particolare, in relazione ai lotti 1-5-6-12-13, è effettivamente precluso ai concorrenti individuare la 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.

Parimenti, come evidenziato in ricorso, appare generica ed indeterminata la previsione secondo la quale la quota da assegnarsi secondo i principi dell'Accordo Quadro potrà essere affidata a ditte diverse dall'aggiudicataria solo in presenza di specifiche esigenze "*clinico-terapeutiche*" e "*organizzative*", segnalate dal prescrittore e/o dal reparto utilizzatore.

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 in già 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.

D’altra parte, se, come affermato dalla difesa dell’ASST (pag. 3 memoria di replica), risultasse tecnicamente insoddisfacente procedere alla mera individuazione di un solo fornitore per ciascun lotto essendo necessario riservare una quota del fabbisogno di ciascun lotto a una pluralità di fornitori selezionati e ritenuti idonei a restituire alle diverse ASST il novero più ampio possibile di prodotti posti a gara, ancora non è dato comprendere –né l’Amministrazione fornisce elementi chiarificatori concreti al di là di enunciazioni di principio relative alle finalità perseguite - per quale ragione un tale risultato non sia raggiungibile tramite una indicazione precisa del fabbisogno richiesto, con possibilità di individuare con esattezza la quota di fabbisogno da affidare secondo le regole dell’Accordo Quadro.

Nemmeno trova una adeguata giustificazione –al di là, si ribadisce, di affermazioni di principio - la scelta di prevedere un’unica procedura nell’ambito della quale è prevista un’aggiudicazione, tramite

procedura aperta, per almeno il 60% dei prodotti del singolo lotto, con previsione dell'assegnazione della restante quota (per un massimo del 40%) tramite Accordo Quadro, anziché indire due distinte procedure, rette dalle relative peculiari discipline, come delineate e tipizzate, rispettivamente, dagli artt. 60 e 54 del codice dei contratti pubblici.

Anche in relazione ai lotti 2-3-4-7-8-9-10-11, da aggiudicarsi in accordo quadro per il 100% dei quantitativi, appaiono fondate, nei termini seguenti, le censure relative alla indeterminatezza delle previsioni della legge di gara.

Invero, la specifica previsione del disciplinare di gara relativa a tali lotti –art. 10, seconda parte del Disciplinare, a mente del quale “*si procederà alla mera individuazione di un elenco di prodotti idonei, dai quali attingere secondo i sopra citati principi dell’Accordo Quadro ed in considerazione delle specifiche esigenze clinico-terapeutiche ed organizzative segnalate dal medico prescrittore e/o dal reparto utilizzatore*” – richiama “*principi*” che in realtà non sono definiti in precedenza dalla legge di gara, giacché la stessa –in relazione, però, ai lotti 1-5-6-12-13 – si limita del tutto genericamente a stabilire che la quota relativa all’accordo quadro sarà assegnata alle ditte che avranno superato sia l’aspetto qualitativo sia l’aspetto economico, senza ulteriore spiegazione in ordine ai criteri utilizzati per compiere tale verifica. La specificazione, poi, secondo la quale si procederà ad attingere dall’elenco dei prodotti idonei in considerazione delle specifiche esigenze clinico-terapeutiche ed organizzative segnalate dal medico prescrittore e/o dal reparto utilizzatore, determina ulteriore incertezza, dato che tale scelta avverrà solo *ex post*, ad aggiudicazione avvenuta, senza possibilità di

essere adeguatamente valutata dai concorrenti in sede di formulazione dell'offerta.

L'evidenziata situazione di indeterminatezza in ordine alla esatta individuazione dell'entità della commessa appare ulteriormente aggravata dalle singole previsioni del disciplinare di gara – nella premessa ricordate - che danno luogo, sulla base di accadimenti del tutto eventuali e non preventivabili *ex ante* da parte dei concorrenti, a notevoli modifiche, sia in termini ampliativi che riduttivi, dell'entità della fornitura medesima, a fronte di una clausola del disciplinare che stabilisce che i prezzi offerti si intendono fissi e definitivi, validi per tutta la durata della fornitura comprese eventuali proroghe, clausola da riferirsi –in mancanza di indicazioni di segno opposto – sia per la Procedura Aperta che per l'Accordo Quadro. Se è pur vero, infatti, che le singole clausole contestate dalla ricorrente, singolarmente considerate e valutate in astratto, non appaiono illegittime, calate nel contesto concreto della presente procedura contribuiscono a determinare (meglio sarebbe dire ad aumentare) 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.

Lo stesso 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 peraltro un sintomo di non corretta (o comunque imprecisa) determinazione del fabbisogno - mal si concilia con la ricordata 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.

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.

Infine, 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.

Sotto gli esposti profili, dunque, le censure formulate dalla ricorrente sono fondate e vanno accolte.

Anche il secondo motivo di ricorso, nel contesto della procedura in esame, risulta fondato nei 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.

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