



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 600 del 2012, proposto da:  
Abbott Vascular Knoll Ravizza S.p.A., in persona del procuratore  
speciale avv. Massimo Riccio, rappresentata e difesa dall'avv.  
Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso l'avv. Carlo Orlando  
in Perugia, via Bartolo 10-16;

***contro***

Azienda Ospedaliera di Perugia, in persona del legale rappresentante  
*pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Lietta Calzoni, presso la  
quale è elettivamente domiciliata in Perugia, via Bonazzi, 9;

***nei confronti di***

- Boston Scientific S.p.a., non costituita in giudizio;
- Bio Vascular Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabrizio Figorilli e Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Figorilli in

Perugia, via Bontempi, 1;

*per l'annullamento*

- della deliberazione del Commissario Straordinario della Azienda Ospedaliera di Perugia n.7172 del 20/09/2012, successivamente comunicata, nella parte in cui viene disposta a favore di Boston Scientific s.p.a. l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 1 della procedura aperta per la fornitura di "stent caronari medicati per la S.C. Cardiologia laboratorio Emodinamica" per la durata di mesi 12 (dodici) con facoltà di confermare la fornitura per ulteriori 12 (dodici) mesi;
- del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale nella parte in cui prevedono, quale criterio di aggiudicazione, il prezzo più basso ex art 82 del D.lgs. n 163 /2006;
- di tutti i verbali di gara, n. 1 del 29/05/2012, n.2 del 29/05/2012, n 3 del 21/08/2012, n. 4 del 24/08 /2012:
- di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente ivi compresa la deliberazione n. 385 del 2/04/2012 di indizione della gara, la proposta di delibera n. 562 del 17/09/2012 e la nota prot. 9535/7997 del 30/04/2012 se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'Azienda Ospedaliera e Boston Scientific s.p.a. e per il risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Perugia e della Bio Vascular Group S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2013 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La società ricorrente premette di avere partecipato alla procedura aperta per la “fornitura di stent coronarici medicati per la S.C. cardiologia laboratorio emodinamica” (di durata annuale, con facoltà di conferma per ulteriori dodici mesi) indetta con determina del Commissario Straordinario dell'Azienda Ospedaliera di Perugia n. 385 del 2 aprile 2012.

Esponde che la gara è stata suddivisa in due lotti, da aggiudicarsi, secondo le prescrizioni del disciplinare, con il criterio del prezzo più basso rispetto al prezzo complessivo posto a base d'asta per i prodotti giudicati idonei dalla Commissione, precisando di avere presentato l'offerta per il lotto n. 1 (“stent premontato in lega cromo eluente farmaco everolimus”).

Ai fini della partecipazione alla gara, gli operatori economici interessati dovevano trasmettere il plico contenente nella “busta A” la documentazione amministrativa, nella “busta B” la documentazione

tecnica e nella “busta C” l’offerta economica.

All’esito della gara è risultata prima graduata la Boston Scientific S.p.a. con un prezzo di euro 251.400,00, mentre la ricorrente è risultata seconda con un prezzo di euro 334.800,00.

Impugna in questa sede principalmente la deliberazione del Commssario Straordinario n. 1172 in data 20 settembre 2012, recante l’aggiudicazione definitiva, nonché il bando, il disciplinare ed il capitolato speciale nella parte in cui prevedono, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, deducendo i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione degli artt. 81, 82 ed 83 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione della legge n. 241 del 1990; violazione dei principi comunitari di trasparenza e *par condicio* nelle procedure di gara; eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria e sviamento, nell’assunto dell’illegittimità/irragionevolezza della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, contemplato nel disciplinare di gara, a fronte della previsione dell’art. 1 del capitolato speciale prevedente elementi valutativi della qualità (ed in particolare, - le caratteristiche tecnico funzionali degli stent; - la letteratura scientifica con particolare attenzione al *follow-up*, alla incidenza di trombosi di stent ed alla pubblicazione su riviste ad elevato *impact factor*, - l’innovazione tecnologica). Tale disposizione del capitolato introduce un vero e proprio giudizio sulla qualità dei dispositivi indeterminato quanto a limiti e contenuti, ponendosi in dissonanza con il criterio di

aggiudicazione prescelto, in cui dovrebbe assumere rilievo esclusivo, ai fini dell'aggiudicazione, la componente economica.

Il criterio del prezzo più basso può essere ammesso solo allorchè la *lex specialis* non lasci margini di definizione dei contenuti dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa, in modo che l'unica variabile è costituita dal prezzo.

2) Violazione degli artt. 81, 82 ed 83 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, sviamento, allegandosi che il criterio prescelto non è quello più adeguato in relazione all'oggetto del contratto ed all'esigenza di concorrenza tra le offerte. La natura dei beni oggetto dell'appalto imponeva l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, assicurandosi in tale modo il confronto concorrenziale sul piano economico e su aspetti qualitativi rilevanti in relazione agli interessi pubblici sottesi allo specifico settore.

3) Illegittimità derivata, nella considerazione che sul provvedimento di aggiudicazione definitiva si riverberano i vizi sollevati avverso il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato tecnico in ordine alla scelta del criterio di aggiudicazione.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera di Perugia, eccependo l'inammissibilità del ricorso e comunque la sua infondatezza nel merito.

Si è altresì costituita in giudizio la Bio Vascular Group S.r.l., eccependo l'inammissibilità del ricorso nei propri confronti, avendo

concorso solamente per il lotto n. 2, la sua irricevibilità e comunque l'infondatezza nel merito.

All'udienza del 16 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. - Per economia di giudizio può essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse nei confronti di Bio Vascular, che ha partecipato solamente alla gara per il lotto n. 2, mentre la ricorrente ha concorso per il lotto n. 1, e si è limitata ad impugnare la delibera di aggiudicazione *in parte qua*.

L'eccezione è sostanzialmente fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione, in quanto la *lex specialis* della gara, e cioè bando e disciplinare, configurando una procedura suddivisa in due lotti, si configura, strutturalmente, quale atto ad oggetto plurimo, prescrivente tante gare quanti sono i lotti in relazione ai quali deve intervenire l'aggiudicazione (in termini T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 9 dicembre 2010, n. 35960).

Ciò comporta che per ciascun lotto è possibile un diverso aggiudicatario, come confermato dalla formazione di due distinte graduatorie, in relazione ad ognuno dei lotti.

Ne consegue che la società Bio Vascular Group è priva di legittimazione passiva nel presente giudizio, concernente, come detto, l'aggiudicazione del solo lotto n. 1, e deve dunque esserne estromessa.

2. - Non appare invece condivisibile l'eccezione, svolta sempre dalla

Bio Vascular, di irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione del bando di gara che, in quanto prescrivente il criterio del prezzo più basso, avrebbe dovuto essere immediatamente impugnato, incidendo direttamente sulla formulazione dell'offerta in modo preclusivo ad una corretta formulazione.

La giurisprudenza prevalente, infatti, enuclea l'onere dell'immediata impugnazione del bando allorchè lo stesso contenga clausole che prescrivono il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, ovvero di qualificazione, la cui carenza determina l'effetto escludente, tale per cui il successivo atto di esclusione si caratterizza come meramente ricognitivo e dichiarativo di una lesione già prodotta (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2011, n. 4274; Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1; nonché T.A.R. Umbria, 28 agosto 2012, n. 331). Nel caso di specie, il criterio di aggiudicazione prescelto non costituisce in alcun modo clausola impeditiva dell'ammissione del soggetto interessato alla partecipazione alla gara, con la conseguenza che il bando di gara non può ritenersi atto immediatamente impugnabile, indipendentemente dall'atto applicativo effettivamente lesivo, seppure riguardato nella sola prospettiva dell'illegittimità derivata dall'invalidità della *lex specialis* della gara.

3. - Diversamente, e cioè ipotizzando la diretta impugnativa della *lex specialis* di gara, davvero si sarebbe potuto ravvisare un difetto di interesse al ricorso, che, comunque, l'Azienda resistente eccepisce nell'assunto che la ricorrente non ha subito alcun pregiudizio dalla

contestata clausola del disciplinare di gara, avendo la propria offerta superato il giudizio di idoneità qualitativa, ed essendo dunque stata ammessa alla successiva fase di apertura della busta "C", contenente l'offerta economica.

Eccepisce altresì l'Azienda Ospedaliera come la società ricorrente, nell'esercitare un interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara, nulla abbia documentato e neppure allegato in ordine alle ragioni che avrebbero dovuto indurre a preferire il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ed in particolare la complessità del dispositivo oggetto di affidamento, la varietà delle possibili opzioni tecnologiche offerte dal mercato, la diversità dei livelli prestazionali dei dispositivi in commercio, né abbia adombrato alcuna critica in ordine alle qualità prestazionali dell'offerta concorrente, tali da giustificare l'elevato divario economico.

3.1. - L'eccezione, sotto il primo profilo, è infondata, in quanto oggetto di contestazione è proprio l'esistenza di una fase di valutazione dell'idoneità qualitativa del prodotto, per giunta sulla base di parametri indeterminati, ritenuta incompatibile con il criterio di aggiudicazione automatico del prezzo più basso, con conseguente irrilevanza dell'ammissione della società alla fase dello scrutinio economico dell'offerta.

3.2. - Anche il secondo, più delicato, profilo di inammissibilità non sembra cogliere nel segno.

Ed invero, occorre in primo luogo tenere conto che dalla scheda allegata al verbale n. 3 in data 21 agosto 2012, per il lotto n. 1, non

emerge alcuna valutazione tecnica, che eventualmente avrebbe consentito una critica comparativa tra le offerte delle due concorrenti, ma un mero giudizio di idoneità.

In ogni caso, secondo quanto prescritto dall'art. 81, comma 2, del codice dei contratti pubblici, la scelta del criterio di selezione è rimessa alla potestà discrezionale della Stazione appaltante, che deve individuare quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto; ciò significa che la Stazione appaltante, nella sua scelta, incontra il limite interno dell'adeguatezza, il quale non può che essere sindacabile attraverso il controllo sulle prescrizioni del bando di gara, almeno nei limiti della manifesta illogicità od arbitrarietà od allorchè sussista il travisamento dei fatti, ravvisabili in considerazione della natura e dell'oggetto del contratto.

Ciò, oltre a privare di fondamento l'ulteriore eccezione di inammissibilità argomentata dall'Azienda resistente nel presupposto che la scelta del criterio di aggiudicazione sarebbe espressione di una valutazione di merito, sottratta al sindacato giurisdizionale di legittimità, dà corpo alla legittimazione a ricorrere della società Abbott, intesa come titolarità di una posizione sostanziale differenziata, a prescindere dal carattere "finale" o "strumentale" del vantaggio ritraibile dall'esperita domanda di annullamento.

4. - Procedendo ora all'esame del merito, con i primi due motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente, in quanto tra loro complementari, si deduce l'illegittimità/irragionevolezza della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, con la

contraddittoria aggiunta di una preliminare valutazione di qualità del prodotto offerto, quale risultante dalla lettura integrata del disciplinare di gara e del capitolato speciale.

I motivi appaiono meritevoli di positiva valutazione.

Il criterio del prezzo più basso è consentito solamente nelle ipotesi in cui la *lex specialis* non lascia margini di definizione dei contenuti dell'appalto all'offerta dei concorrenti, così che l'unica variabile è costituita dal prezzo.

Si tratta di un criterio di aggiudicazione sovente utilizzato nelle forniture, specie in tempi di *spending review*, secondo un'esigenza chiaramente rappresentata dall'Azienda Ospedaliera, ma che trova un limite sistemico insuperabile, a pena dell'introduzione di una surrettizia e non trasparente contaminazione con (il criterio de) l'offerta economicamente più vantaggiosa, allorchè venga in rilievo la qualità del prodotto, come è nel caso di specie, ove sono richiamati proprio gli elementi valutativi della qualità del prodotto, già in precedenza ricordati, implicanti, per l'appunto, un giudizio contenutisticamente differente, dotato di un elevato tasso di discrezionalità, e ben più incisivo rispetto all'ordinaria verifica di corrispondenza dei prodotti offerti a requisiti tecnici predefiniti.

Resta, a questo riguardo, da chiarire che l'equipollenza, desumibile dall'art. 81 del codice dei contratti pubblici ed anche dalla normativa comunitaria (art. 53 della direttiva n. 2004/18/CE), del ricorso all'uno od all'altro dei due criteri di valutazione delle offerte è predicabile sotto il profilo della realizzazione di un'effettiva concorrenza tra i

partecipanti alla gara, ma non può obliterarne la diversità; tanto è vero che, come già osservato, la scelta è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione appaltante, con il limite dell'adeguatezza in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto.

Ne discende l'illogicità della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, nel contesto di una gara per la fornitura di dispositivi medici (gli stent coronarici medicati), nella scelta dei quali assume rilievo la componente qualitativa, desumibile dalle caratteristiche tecnico-funzionali, dall'innovazione tecnologica e dalla letteratura scientifica formatasi, come emerge dal capitolato speciale.

Tale irragionevolezza risulta ulteriormente evidenziata dal fatto che, non avendo il capitolato enucleato requisiti minimi di idoneità tecnica ai fini della valutazione della qualità del prodotto offerto, non risulta predefinito il *target* qualitativo richiesto.

5. - All'accoglimento del ricorso consegue, nei limiti dell'interesse, l'annullamento degli atti inditivi della procedura relativa al primo lotto, oltre che del capitolato speciale, nonché, per illegittimità derivata, del provvedimento di aggiudicazione in favore della Boston Scientific S.p.a.

Deve altresì essere accolta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, che risulta essere stato stipulato in data 18 dicembre 2012, a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza.

Ed infatti non sembrano ostare ad una siffatta pronuncia la circostanza, ribadita nel corso dell'udienza, secondo cui il contratto avrebbe avuto principio di esecuzione con ordinativo del 14 gennaio

2013, come pure le preminenti esigenze di continuità assistenziale rappresentate dall'Azienda Ospedaliera.

Come noto, l'art. 122 del cod. proc. amm. detta dei criteri per l'operatività dell'inefficacia del contratto, essenzialmente finalizzati a garantire un bilanciamento degli interessi in gioco, ma gli stessi non sono applicabili «nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione ... comporti l'obbligo di rinnovare la gara», come è nella fattispecie in esame.

La norma in questione, invero di non agevolissima lettura, secondo l'interpretazione prevalente, che è stata seguita da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, comporta, in caso di annullamento dell'intera gara, con conseguente necessità di rinnovare la procedura, la pronuncia di inefficacia del contratto, senza che occorra una specifica valutazione comparativa degli elementi nella stessa fissati (in termini anche T.A.R. Lazio, Latina, 7 giugno 2012, n. 448). Sul piano dell'interpretazione funzionale, tale soluzione appare compatibile con una chiave di lettura che vede l'inefficacia come il prodotto di un delicato bilanciamento tra l'interesse pubblico alla conservazione del contratto e la tutela della concorrenza.

Deve invece essere disattesa la domanda di risarcimento per equivalente, non solo perché parte ricorrente la subordina al mancato accoglimento della domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto (cfr. pag. 6 della memoria di replica), ma anche in ragione del fatto che non è stato assolto minimamente l'onere probatorio in ordine all'*an* ed al *quantum* della pretesa, particolarmente delicato al

cospetto di un annullamento da cui consegue solamente la rinnovazione del procedimento di gara.

6. - Quanto alle spese di giudizio, sussistono giusti motivi, data la peculiare complessità delle questioni giuridiche trattate da un canto, e, con riguardo all'intimazione in giudizio della Bio Vascular S.p.a., in ragione delle perplessità sulla portata della suddivisione in lotti dell'appalto, per la compensazione delle stesse tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa declaratoria del difetto di legittimazione passiva della Bio Vascular Group S.p.a., lo accoglie, e, per l'effetto, annulla gli atti gravati, nei termini di cui in motivazione, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto a fare tempo dalla data di pubblicazione della sentenza.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)