



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 NON DEFINITIVA**

sul ricorso numero di registro generale 462 del 2013, proposto da:  
Tecnosanimed S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avv. Marco Marchetti, presso il quale è  
elettivamente domiciliata in Perugia, via Mazzini,16;

***contro***

Azienda Ospedaliera "S.Maria" Terni, in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo  
Anelli, con domicilio eletto presso l'avv. Paolo Rossi in Perugia, via  
Dottori, 85;

***nei confronti di***

- Johnson & Johnson Medical S.p.a., in persona del procuratore  
speciale avv. Laura Falcioni, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario  
Zoppellari e Rossella Volpato, con domicilio eletto presso l'avv.  
Rossella Volpato in Perugia, viale Centova, 6;
- Innovamedica S.p.a., Aspen Sanitas S.r.l.;

*per l'annullamento*

della deliberazione del Direttore Generale, n. 536 del 23.9.2013 limitatamente alla parte in cui dispone di aggiudicare definitivamente l'appalto dei lotti nn. 5,7,8,9,11,12 alla Johnson & Johnson S.p.a., nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "S.Maria" Terni e della Johnson & Johnson Medical S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2014 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, operante nel settore della distribuzione e vendita di prodotti chirurgici, premette di avere partecipato alla procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della fornitura di "dispositivi per chirurgia mininvasiva, saturatrici meccaniche, clips per emostasi occorrente per le Aziende Ospedaliere locali della Regione Umbria", indetta con determinazione del direttore dell'allora

Agenzia Umbria Sanità (A.U.S.) n. 47 del 2011.

Esponde che con delibera n. 536 in data 23 settembre 2013 del D.G. della subentrata Azienda Ospedaliera Santa Maria - Terni è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto relativamente ai lotti 11 e 12, 4, 7, 8 e 9 alla Johnson & Johnson Medical S.p.a.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione deduce i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione del capitolato speciale di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria; violazione dell'art. 6 del capitolato speciale.

Con riferimento al lotto n. 5 "sutura lineari rette monopaziente senza lama per chirurgia *open* millimetri 30-60-90 e caricatori compatibili" la controinteressata Johnson & Johnson ha presentato prodotti omogenei solamente per quanto riguarda le suture da 30 e 60 millimetri, mentre per la misura di 90 millimetri non ha presentato alcun campione. Ciò ha comportato una valutazione errata da parte della Commissione, che non ha valutato quanto emerge dalla scheda tecnica della sutura da 90 millimetri, e in particolare la sua inadeguatezza sotto il profilo funzionale ed ergonomico, con conseguente attribuzione di un punteggio superiore in favore della aggiudicataria. L'inferiorità del prodotto in questione offerto dalla Johnson & Johnson si evidenzia con riguardo al subcriterio della manovrabilità, della versatilità e della velocità; ne è conseguito un punteggio che ha penalizzato la ricorrente. Si aggiunga

che i prodotti offerti dalla Tecnosanimed sono dotati del sistema brevettato DST che consente una più corretta conformazione dei punti ed una migliore emostasi, e tale particolarità non è stata affatto valutata dalla Commissione.

2) Violazione di legge per mancata applicazione del capitolato speciale di gara; violazione della *par condicio*; sviamento.

Con riferimento al lotto n. 11, relativamente al servizio post-vendita, risulta che l'aggiudicataria non abbia allegato la relazione prescritta dal capitolato speciale, precludendo ogni valutazione in merito; ciò nonostante la Commissione le ha attribuito tre punti, analogamente che a Tecnosanimed, che aveva invece prodotto la propria relazione.

3) Eccesso di potere per travisamento dei fatti; irragionevolezza della motivazione; illogicità manifesta; violazione dell'art. 6 del capitolato speciale; sviamento; violazione della *par condicio*.

Sempre con riguardo al lotto 11, come pure per il lotto 12, la Johnson & Johnson, per superare la previsione dell'art. 6 del capitolato, richiedente la partecipazione alla gara di ditte le cui offerte comprendono almeno l'80% dei riferimenti compresi nel lotto, non avendo prodotti sufficienti ad integrare tale percentuale, ha formato artificialmente tale lotto, assemblando una suturatrice con un caricatore, e così contravvenendo alla prescrizione di gara che vieta di offrire all'interno di un unico lotto lo stesso identico prodotto per due riferimenti.

4) Eccesso di potere per irragionevolezza della motivazione, illogicità

manifesta; difetto di istruttoria; contraddittorietà della motivazione; violazione della *par condicio*, contestandosi, sempre con riferimento al lotto n. 11, l'attribuzione del punteggio in riferimento al criterio generale della "ergonomia-maneggevolezza", ed in particolare al sub-criterio della "manovrabilità". Il giudizio di minore manovrabilità delle suturatrici della Tecnosanimed, richiedenti il montaggio al momento dell'uso, è illogico in quanto tale esigenza si impone per quasi tutti gli strumenti offerti anche dalla controinteressata.

5) Violazione del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per irragionevolezza; illogicità manifesta; difetto di istruttoria, nell'assunto che la Commissione giudicatrice ha valutato il prodotto mediante esame di un solo prodotto-campione non rappresentativo dell'intero lotto. Mentre il lotto della ricorrente era totalmente omogeneo e quindi, con l'esame del solo campione offerto, la Commissione riusciva a valutare tutto il lotto, con quello dell'aggiudicataria non era possibile perché i prodotti di cui ai riferimenti 1 e 2 del lotto, precaricati, si differenziano morfologicamente e funzionalmente dagli altri prodotti del lotto.

6) Violazione di legge; eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione; illogicità manifesta; violazione del disciplinare di gara; errata attribuzione di un eguale punteggio sul lotto 11 criterio qualitativo "sicurezza ed affidabilità"; sviamento.

Sempre con riguardo al lotto 11 (suturatrici lineari rette mono paziente con lama o sul caricatore o sul corpo macchina) la

Commissione ha attribuito lo stesso punteggio al prodotto offerto dalla ricorrente ed a quello dell'aggiudicataria relativamente al criterio "sicurezza ed affidabilità sul punto emostasi della linea di sutura". Alcuni caricatori della Johnson & Johnson presentano solamente due linee di punti per lato, mentre tutti i caricatori offerti da Tecnosanimed hanno tre file per lato, garantendo un risultato più efficace sotto l'aspetto dell'emostasi; di qui la macroscopica irragionevolezza dell'identità di punteggio attribuito alle due concorrenti. Egualmente illogica è l'attribuzione dello stesso punteggio per il subcriterio "affidabilità del sistema di taglio-penetrazione"; ed infatti la *performance* di taglio della suturatrice Tecnosanimed è superiore per effetto della lama di transizione sul caricatore e non sulla suturatrice (come quello dell'aggiudicataria, che quindi comporta il rischio di contaminazione della lama).

7) Violazione di legge; eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione; illogicità manifesta; violazione del disciplinare di gara; sviamento.

Analoghe censure a quelle ora svolte per il lotto 11 possono essere mosse al lotto n. 12, anzitutto in relazione alla necessità per ogni ditta partecipante di fornire l'80% dei riferimenti compresi nel lotto; l'aggiudicataria ha formato artificialmente anche il lotto 12, assemblando due prodotti già singolarmente confezionati (suduratrice + caricatore), attribuendogli poi un nuovo unico codice identificativo di produzione, come un prodotto diverso dagli altri caricatori e dalle

altre suturatrici già presenti nell'offerta. Per tale motivo doveva essere esclusa dalla gara e comunque non poteva ricevere un punteggio maggiore a quello della ricorrente.

8) Violazione di legge; eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione; illogicità manifesta; violazione del disciplinare di gara; sviamento.

Ancora per il lotto 12, analoga censura può svolgersi con riguardo al criterio della ergonomia e maneggevolezza, ed in particolare al sub criterio della “versatilità e della manovrabilità”. Il minore punteggio attribuito alla Tecnosanimed viene motivato con riferimento alla minore manovrabilità dello strumento, occorrendo, ad avviso della Commissione, utilizzare entrambe le mani per l'apertura dello strumento dopo avere eseguito la sutura. In realtà, entrambi gli strumenti delle due ditte necessitano di tutte e due le mani per la ordinaria manovra di ricarica e di posizionamento, per cui il vantaggio rilevato si riduce ad un minimo. Anche con riguardo al subcriterio della versatilità appare irragionevole il punteggio sensibilmente inferiore attribuito alla Tecnosanimed, per un'asserita minore angolatura dello strumento; come si evince dalle schede tecniche fornite da entrambe le concorrenti, le suturatrici fornite dalle due imprese risultano egualmente angolabili per 45°. Inoltre il dispositivo offerto dalla ricorrente ha uno snodo posto direttamente sul caricatore, tale da consentire una migliore accessibilità in spazi anatomici più ristretti o più profondi.

9) Violazione di legge; eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione; illogicità manifesta; violazione del disciplinare di gara sulla sicurezza ed affidabilità; sviamento.

Sempre con riguardo al lotto 12, Tecnosanimed ha conseguito un punteggio più basso anche per l'asserita "minore velocità", in relazione al sub criterio "velocità e praticità d'uso"; la valutazione è irragionevole perché la Commissione ha trascurato un evidente disvalore dello strumento della Johnson & Johnson : per angolare lo strumento prima dell'azionamento e dopo l'azionamento per riportarlo in forma lineare per l'estrazione, lo stesso non può essere rimosso dal corpo del paziente senza l'ausilio imprescindibile di un secondo strumento di supporto laparoscopico. Tale aspetto concerne non solo il sub criterio della velocità, ma anche quello della manovrabilità, così evidenziando la palese ingiustizia del punteggio.

10) Eccesso di potere per travisamento dei fatti; difetto di motivazione per irragionevolezza manifesta; difetto di istruttoria, nell'assunto che anche con riferimento ai lotti 7, 8 e 9 la Commissione, in palese violazione dei principi generali di *par condicio*, ha attribuito un punteggio maggiore all'aggiudicataria rispetto alla ricorrente, adducendo motivazioni palesemente illogiche, ed in particolare attribuendo valore al criterio costituito dalla possibilità di regolare l'altezza dei punti metallici, a fronte della regola tecnica, espressa dalla strumentazione proposta dalla ricorrente, dei caricatori a spessore predeterminato. Tale vizio è riscontrabile in tutti i lotti

oggetto di controversia. Inoltre sui lotti 8 e 9 viene valorizzato il prodotto della J & J. per un maggiore *feedback* acustico, mentre è esattamente il prodotto della Tecnosanimed ad essere più dotato sotto tale punto di vista.

11) Eccesso di potere; violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione; violazione dell'art. 84 del d.lgs n. 163 del 2006, lamentandosi che la Commissione giudicatrice risulta composta da due chirurghi ed un farmacista, quest'ultimo inidoneo a valutare lo strumentario chirurgico, e comunque non qualificabile come esperto.

12) Violazione del disciplinare di gara; violazione del principio di collegialità e di buon andamento; eccesso di potere per travisamento dei fatti ed illogicità della motivazione, allegandosi che i lavori della Commissione sono avvenuti in spregio del principio di collegialità, in quanto i membri hanno autonomamente valutato ogni prodotto.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Johnson & Johnson Medical S.p.a., eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata notificazione all'Azienda Ospedaliera di Perugia ed alle altre AA.SS.LL della Regione Umbria, nonché per carenza di interesse sotto il profilo del mancato superamento della prova di resistenza, e comunque la sua infondatezza nel merito.

Si è altresì costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni, eccependo l'inammissibilità del ricorso in relazione a censure che impingono il merito delle valutazioni riservate alla Commissione

giudicatrice, e comunque la sua infondatezza nel merito.

La domanda cautelare svolta dalla società ricorrente è stata respinta con ordinanza 21 novembre 2013, n. 160 di questo Tribunale Amministrativo, confermata in sede di appello dall'ordinanza 23 gennaio 2014, n. 328 del Consiglio di Stato, Sez. III.

All'udienza del 22 ottobre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1.- Va anzitutto disattesa la prima eccezione di inammissibilità, svolta dalla controinteressata Johnson & Johnson Medical S.p.a. nel presupposto della mancata notificazione del ricorso all'Azienda Ospedaliera di Perugia ed alle altre AA.SS.LL. della Regione Umbria. Il contraddittorio processuale è stato correttamente instaurato nei confronti dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni, alla quale è imputata l'impugnata delibera direttoriale di aggiudicazione definitiva.

La procedura per l'affidamento della fornitura era, in realtà, stata indetta dall'Agenzia Umbra Sanità-A.U.S. nel 2011, ma poi, per effetto dell'art. 59 della l.r. Umbria n. 18 del 2012, l'Agenzia è stata soppressa, ed i procedimenti non conclusi alla data del 1 gennaio 2013 «sono portati a compimento dal singolo responsabile del procedimento e l'Azienda sanitaria regionale di appartenenza subentra all'Agenzia Umbra Sanità nei rapporti giuridici connessi al procedimento».

Come chiarito dalla Azienda resistente nei propri scritti difensivi, nella vicenda in esame il responsabile del procedimento è un dipendente dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni, con la conseguenza che quest'ultima, mediante gli organi competenti, ha concluso il procedimento e disposto l'aggiudicazione.

Né vi era la necessità di intimare in giudizio l'Azienda Ospedaliera di Perugia e le Aziende Sanitarie Locali n. 1, 2, 3, 4 della Regione Umbria, in quanto fruitrici o beneficiarie della fornitura oggetto di gara, atteso che l'A.U.S., persona giuridica di diritto pubblico, dotata di autonomia gestionale, amministrativa, organizzativa e finanziaria, aveva tra le proprie finalità, desumibili dalla legge istitutiva, anche quella di svolgere funzioni di centrale di committenza (art. 3, comma 4, della l.r. n. 17 del 2005), divenendo dunque centro formale di imputazione autonomo dei procedimenti di acquisizione di beni e servizi. Diverse sono le fattispecie cui si riferisce la giurisprudenza citata dalla controinteressata, caratterizzate proprio dal fatto di essere al cospetto di moduli organizzatori di raccordo tra più Amministrazioni, ma privi di una propria individualità, rilevante anche ai fini della legittimazione passiva (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2007, n. 1800).

2. - Analogamente da disattendere, quanto meno nella sua integralità, è l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse sotto il profilo della mancata prova di resistenza.

E' vero che, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, deve

ritenersi inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro un provvedimento qualora, dall'esperimento della c.d. prova di resistenza ed in esito ad una verifica a priori, risulti con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque ottenuto il bene della vita perseguito nel caso di accoglimento del ricorso, ed in particolare, in caso di gara pubblica, se non provi che sarebbe riuscito a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 2014, n. 3656; Sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571).; occorre però tenere conto che, nel caso di specie, la pluralità di lotti oggetto del ricorso e la diversa collocazione nei medesimi della società ricorrente, anche nel confronto con la posizione della controinteressata, non esclude la configurabilità di "indici di lesività" sufficientemente specifici e concreti. L'interesse non può poi evidentemente escludersi nella prospettiva strumentale, connessa alla ripetizione della gara, per il caso di accoglimento delle censure esperite nei confronti della composizione della Commissione giudicatrice e della sua operatività.

3. - Deve essere inoltre disattesa, almeno nella sua integralità, anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso, svolta da entrambe le parti resistenti, nell'assunto che si tratti di censure impingenti nel merito di valutazioni tecniche rimesse all'Amministrazione.

Secondo costante giurisprudenza, nel settore degli appalti pubblici le valutazioni tecniche della Stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del

giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti; di conseguenza, il giudice amministrativo non valica i confini della sua giurisdizione quando apprezza la congruità e logicità del provvedimento impugnato, senza invadere le valutazioni tecniche dell'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2014, n. 3769). Trovando la giurisdizione amministrativa il proprio limite nel sindacato intrinseco delle valutazioni tecniche, devono invece ritenersi ammissibili le censure circa la plausibilità dei criteri valutativi e la loro applicazione, che costituiscono l'asse portante del ricorso.

Né può ritenersi che sia preclusiva del sindacato giurisdizionale l'utilizzazione del metodo del "confronto a coppie", atteso che questo è un metodo attuativo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in virtù del quale ogni elemento qualitativo dell'offerta è oggetto di valutazione attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 gennaio 2013, n. 1). E' dunque pur sempre consentita la verifica della correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie, ed il limite è quello dell'uso distorto od irrazionale.

4. - Deve essere poi dichiarata la tardività del deposito, in data 7 ottobre 2014, della memoria di parte ricorrente, in violazione del termine prescritto dall'art. 73 del cod. proc. amm., in misura

dimidiata ai sensi del successivo art. 119, costituente un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, con conseguente inutilizzabilità processuale della medesima, da considerarsi *tamquam non esset* (T.A.R. Umbria, 10 aprile 2014, n. 221).

5. - Procedendo dunque alla disamina del merito, con il primo motivo, interessante il lotto n. 5 (“suturatrici lineari rette monopaziente senza lama per chirurgia open mm. 30-60-90 circa e caricatori compatibili”), la società ricorrente deduce la violazione, tra l'altro, dell'art. 6 del capitolato speciale nell'assunto che Johnson & Johnson abbia presentato prodotti omogenei solamente per quanto riguarda le suturatrici da 30 e 60 millimetri, e nessun campione per quelle da 90 millimetri, difforme dalle prime due, sì da precludere una corretta valutazione da parte della Commissione, in particolare sotto il profilo ergonomico e della maneggevolezza, ma anche della “sicurezza-affidabilità”, che ha portato all'attribuzione di un punteggio superiore all'aggiudicataria, sebbene a fronte di un prodotto, offerto, inferiore.

La censura non riguarda la mancata presentazione in gara del campione della suturatrice da 90 millimetri, rappresentando, la stessa ricorrente, che ciò non era richiesto dalla *lex specialis* (allegato “A” del capitolato speciale), ma propriamente il giudizio espresso, che ha attribuito alla J.& J. un punteggio superiore, a fronte di un prodotto asseritamente inferiore rispetto ai criteri qualitativi previsti dal

disciplinare, in particolare, per la manovrabilità (ove, invece, la suturatrice da 90 millimetri richiede l'uso di due mani per le manovre di apertura e chiusura), la versatilità (ove viene non positivamente apprezzata l'offerta Tecnosanimed per l'ingombro del dispositivo della lama, laddove il lotto contemplava suturatrici senza lama), e la velocità (al cui posto viene valutata la manovrabilità ed ergonomia, criteri non sovrapponibili); anche sotto il profilo della "sicurezza-affidabilità" assume la ricorrente che solamente il proprio prodotto è dotato del sistema brevettato DST, mentre ha avuto un punteggio analogo alla J.& J., come pure con riguardo al criterio "affidabilità del sistema di taglio/penetrazione", sebbene la suturatrice da 90 millimetri non abbia alcun dispositivo di taglio o di penetrazione.

Le parti resistenti allegano, da parte loro, che la Commissione giudicatrice ha espresso una valutazione complessiva, tenendo conto del campione (relativo alla sola saturatrice di 60 mm.), ma anche delle schede tecniche concernenti gli altri dispositivi (tra cui la suturatrice di 90 mm.), precisando che in relazione al sub-criterio della versatilità è ravvisabile nel verbale di gara un errore di battitura, dovendosi intendere la locuzione "ingombro della lama" come "ingombro del cursore"; aggiungono ancora che il punteggio superiore attribuito a J.&J., sotto il profilo dell'ergonomia e maneggevolezza, discende dal fatto che il prodotto dalla stessa offerto, contraddistinto dal codice TLH90, ha la possibilità di regolare l'altezza del punto ed adattarsi ai diversi spessori del tessuto.

Le contestazioni, come evidente, non attengono al giudizio in sé, inevitabilmente caratterizzato da insopprimibili ed insincadabili margini di opinabilità, ma ai presupposti di fatto della valutazione compiuta, che, in quanto tali, incidendo, nel loro insieme (diversamente dall'ipotesi in cui si vertesse sulla contestazione di un unico aspetto di evidente marginalità), sulla manifesta ragionevolezza od irragionevolezza della stessa, possono essere oggetto di scrutinio giurisdizionale.

La differenziata prospettazione delle parti in ordine alle caratteristiche operative delle suturatrici previste nel lotto n. 5 impone, ad avviso del Collegio, un approfondimento istruttorio, che può essere demandato all'Istituto Superiore di Sanità, ed in particolare al Dipartimento o Centro dotato di maggiori competenze in questo campo, che è chiamato dunque ad espletare una verifica tecnica sui prodotti forniti dalla società ricorrente e da quella controinteressata, per verificare, alla stregua dei parametri stabiliti dalla *lex specialis*, la correttezza e la tendenziale coerenza dei giudizi espressi, anche in termini di comparazione.

6. - Con il secondo mezzo di gravame, concernente il lotto n. 11, si lamenta che la J. & J. non abbia allegato la relazione tecnico-esplicativa del servizio post-vendita, previsto dall'art. 14 del capitolato speciale, e ciò nonostante la sua offerta ha conseguito tre punti, analogamente a quella della Tecnosanimed, che aveva invece provveduto all'adempimento prescritto.

Il motivo non è fondato, in quanto la relazione in questione è stata presentata dall'aggiudicataria (unica per tutti i lotti per il quale ha formulato l'offerta), ma è rimasta, per errore, esclusa dalla documentazione ostesa alla ricorrente a seguito dell'istanza di accesso. Come si evince dalla documentazione versata in atti, l'Azienda ospedaliera, visionata la censura, ha provveduto a trasmettere la relazione alla Tecnosanimed con la nota prot. n. 26861 del 5 novembre 2013.

7. - Il terzo motivo, concernente il lotto n. 11, ed il settimo motivo concernente il lotto n. 12 (quest'ultimo riguardante le “suturatrici lineari e articolate monopaziente con lama sul caricatore o sul corpo macchina per laparoscopia e caricatori da 30/35-45-60 mm. ca.”), lamentano una formazione artificiosa del lotto, mediante assemblaggio della suturatrice con un caricatore, al fine di eludere la previsione dell'art. 6 del capitolato, che ammette la partecipazione alla gara delle imprese offerenti almeno l'80 per cento dei riferimenti compresi nel lotto, ma al contempo violando la prescrizione, emergente dal chiarimento n. 5, che vieta di offrire all'interno di un unico lotto lo stesso prodotto per due riferimenti .

I motivi, uguali tra loro, non appaiono al Collegio persuasivi.

Ed invero, l'invocato art. 6 del capitolato dispone che «possono concorrere all'aggiudicazione le ditte le cui offerte comprendano almeno l'80% dei riferimenti compresi nel lotto (si intendono - comunque- tutti i riferimenti che hanno superato il giudizio

qualitativo) e tale percentuale sarà calcolata con arrotondamento all'unità intera più vicina».

Il fondamento di razionalità di tale prescrizione della *lex specialis* sembra dunque essere quello di ammettere alla gara le imprese in grado di fornire un elevato numero di prodotti compresi in ciascun lotto, al fine di rendere più agevolmente comparabili le rispettive offerte. In questa prospettiva, l'offerta, da parte di Johnson & Johnson, di un "kit assemblato", e peraltro debitamente distinto con un proprio codice identificativo di produzione, non sembra impropria o comunque elusiva, in quanto dà luogo, comunque, ad un prodotto autonomo e distinto dai singoli componenti.

Inconferente è la portata del chiarimento n. 5, con il quale la Stazione appaltante ha ritenuto che «non è possibile offrire all'interno di un lotto lo stesso identico prodotto per due riferimenti», ma in un contesto del tutto diverso, e cioè quello in cui si chiedeva se fosse possibile utilizzare uno stesso dispositivo (trocar monouso diametro 5-12 mm s/lama con cannula L.120) per due differenti riferimenti (trocar con cannula L.100 mm. circa e trocar con cannula L.150 mm. circa).

8. - Con il quarto e quinto mezzo di gravame si deduce poi l'irragionevolezza manifesta dell'attribuzione di un punteggio inferiore alla ricorrente, quale emergente dall'allegato 3 alla delibera di aggiudicazione, con riferimento al lotto n. 11, e dunque alle "suturatrici lineari rette", relativamente al sub criterio della

manovrabilità, in quanto richiedenti il montaggio al momento dell'uso. Assume il ricorrente che la necessità del montaggio riguarda anche la maggior parte degli strumenti (caricatore e suturatrice separati) offerti dalla J. & J. (riferimenti 3, 4, 5, 6, 7 e 8) e che inoltre il giudizio della Commissione sarebbe inficiato dalla valutazione di un solo prodotto-campione, peraltro non rappresentativo dell'intero lotto.

I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente perché in rapporto di continenza logica, devono essere disattesi, atteso che, a stretto rigore, la valutazione non può qualificarsi manifestamente illogica, nella misura in cui appare giustificata dal fatto che Johnson & Johnson ha presentato due modelli di suturatrici precaricate (per i riferimenti 1 e 2 del lotto n. 11), che non richiedono dunque alcun montaggio.

9. - Con il sesto motivo si allega poi che, sempre per il lotto n. 11, i giudizi (equivalenti per ricorrente e controinteressata) su “sicurezza ed affidabilità sul punto emostasi della linea di sutura” e sul sub-criterio “affidabilità del sistema di taglio-penetrazione” risultano inficiati da manifesta illogicità rispettivamente in quanto, da un canto, i caricatori offerti da Tecnosanimed presentano tutti tre file di punti per lato (mentre taluni di quelli della J. & J. due linee), e, dall'altro canto, la lama di transizione sul caricatore, propria del prodotto della ricorrente, e non sulla suturatrice, consentirebbe una migliore *performance*.

Le parti resistenti, dal canto loro, allegano che il maggiore numero di file di punti non ha una rilevanza clinica riscontrata, ed inoltre la superiorità tecnica della lama del bisturi delle suturatrici J & J, realizzata in acciaio chirurgico inossidabile serie 400 (progettata per sezionare il tessuto in maniera ottimale fino ad otto volte).

Anche con riguardo a tali doglianze, limitatamente ai presupposti tecnici della valutazione, ed alla stregua della letteratura chirurgica, si rende necessaria l'istruttoria da parte del nominato Istituto verificatore, sempre al fine di verificare la ragionevolezza del giudizio espresso in relazione alle finalità della fornitura oggetto di gara.

10. - Con l'ottavo mezzo (essendo la trattazione del settimo stata anticipata al punto sub 6) si deduce poi, con riferimento al lotto n. 12 ("suturatrici lineari e articolate monopaziente con lama sul caricatore o sul corpo macchina per laparoscopia e caricatori da 30/35-45-60 mm. ca."), la stessa censura svolta nel primo motivo per il lotto n. 5, e cioè l'irragionevolezza del minore punteggio attribuito alla Tecnosanimed a causa dell'asserita minore manovrabilità del proprio strumento (implicante l'utilizzo di entrambe le mani dell'operatore), e soprattutto con riguardo al sub-criterio della versatilità, in relazione all'asseritamente minore angolatura dello strumento offerto, che risulterebbe invece smentita dalle schede tecniche, le quali prevedono in ogni caso suturatrici angolabili per 45°.

Le parti resistenti assumono come la diversità di apertura degli

strumenti renda preferibile il prodotto della J.& J. in termini di manovrabilità, e che, quanto a versatilità, dalle schede tecniche della Tecnosanimed non sarebbe inferibile una capacità di angolatura per 45°.

Anche in questo caso la differenziata prospettazione delle parti in ordine alle caratteristiche operative delle suturatrici previste nel lotto n. 12 impone una verifica tecnica sui prodotti forniti dalla società ricorrente e da quella controinteressata, per verificare, alla stregua dei parametri stabiliti dalla *lex specialis*, la correttezza e la tendenziale coerenza dei giudizi espressi, anche in termini di comparazione.

11. - Analoga esigenza istruttoria è riscontrabile con riferimento a quanto allegato nel nono motivo di ricorso in ordine al minore punteggio per la “velocità d’uso” attribuito al prodotto offerto da Tecnosanimed, a fronte di una maggiore complicazione, invece trascurata, di quello offerto dalla J. & J. per angolarlo ed estrarlo, rilevante ai fini del criterio della manovrabilità.

A questo riguardo, giova ricordare che la società aggiudicataria deduce come invece sia possibile riportare la suturatrice dalla posizione angolata a quella rettilinea anche in assenza di uno strumento laparoscopico, fronteggiandosi dunque due prospettazioni che richiedono un chiarimento ponderato da parte dell’Istituto verificatore.

12. - Il decimo motivo lamenta poi l’irragionevolezza del punteggio

più elevato attribuito all'aggiudicataria, per i lotti 7, 8 e 9, in ragione della possibilità di regolazione dell'altezza dei punti metallici con il prodotto offerto, tecnica asseritamente superata dai caricatori a spessore predeterminato, presentati dalla ricorrente; al contempo, si deduce l'erroneità dell'assunto circa il maggiore *feedback* acustico dei prodotti offerti dalla Johnson & Johnson rispetto a quelli della Tecnosanimed, ritenuti più avanzati perché dotati di un segnalatore visivo di sicurezza di fine corsa dello strumento nonché di un segnalatore acustico.

Assume le parti resistenti che, relativamente al lotto n. 7, l'allegato B al capitolato speciale valorizza la "versatilità", intesa come capacità di adattamento del dispositivo alle varie situazioni tecniche, contesto nel quale rientrerebbe anche la possibilità di regolare l'altezza dei punti di sutura; quanto al *feedback* acustico, concernente i lotti 8 e 9, la Commissione ha ritenuto più scarso quello della Tecnosanimed.

Anche a prescindere dal fatto che per il lotto n. 7 la ricorrente risulta solo terza graduata, il motivo è in parte infondato, se non anche inammissibile, nella misura in cui pretende di sostituire la propria valutazione (in punto di regolazione dell'altezza dei punti di sutura) a quella espressa dall'Amministrazione, nell'esercizio di una discrezionalità tecnica non manifestamente irragionevole.

Occorre invece disporre una verifica tecnica in ordine al *feedback* acustico, concernente i lotti nn. 8 e 9, trattandosi di accertamento di fatto non precluso in sede giurisdizionale.

13. - Con l'undicesimo mezzo si deduce poi il vizio radicale, seppure declinato in via subordinata, dell'illegittimità della composizione della Commissione giudicatrice, in quanto composta da due chirurghi e da un farmacista, quest'ultimo asseritamente non qualificabile come esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, in violazione di quanto prescritto dall'art. 84, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

Il motivo non appare meritevole di positiva valutazione.

Ed invero si desume dalla documentazione in atti che il dr. Lilli, direttore della Struttura Complessa Servizio Assistenza Farmaceutica della A.U.S.L. Umbria 2, ha acquisito una amplissima esperienza nelle procedure amministrative di acquisizione dei dispositivi medici, inclusi quelli chirurgici.

In ogni caso, tenendo conto anche della complessità di siffatte procedure di valutazione comparativa concorrenziale, la giurisprudenza afferma che il requisito dell'esperienza previsto dalla disposizione da ultimo citata per i componenti della Commissione giudicatrice deve essere inteso gradatamente, ed in modo coerente con la poliedricità delle competenze di volta in volta richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare; non è dunque necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara, in quanto è la Commissione, unitariamente considerata, che deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto, nella specifica fattispecie, in

ossequio al principio di buon andamento della pubblica Amministrazione (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011; Sez. III, 12 aprile 2011, n. 2265).

14. - Con il dodicesimo ed ultimo motivo di ricorso si denuncia infine la violazione del principio di collegialità, nell'assunto che i membri della Commissione giudicatrice abbiano operato autonomamente l'uno dall'altro, compiendo separatamente le proprie valutazioni su ogni singolo prodotto, con la conseguenza che il giudizio finale è espressione della sommatoria delle singole valutazioni, e dunque di una media dei punteggi.

Anche tale motivo non coglie nel segno, come appare evidente considerando che hanno trovato applicazione nella gara le specifiche disposizioni dettate dall'Allegato "P" al d.P.R. n. 207 del 2010, il quale, in tema di metodi di calcolo per l'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive proprio che le valutazioni siano effettuate da ciascun commissario, procedendosi successivamente alla formazione della media dei coefficienti espressi dagli stessi. Il più volte richiamato art. 6 del capitolato specifica, in particolare, che i punteggi verranno attribuiti facendo «la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati da ciascun commissario secondo il confronto a coppie, seguendo le linee riportate nell'allegato G dell'Allegato P al d.P.R. n. 207/2010». Tale metodo del confronto a coppie con tabella triangolare non vulnera peraltro il principio di collegialità, atteso che la Commissione opera unitariamente nell'essenziale fase di istruttoria

delle offerte ed è comunque garantito un momento di sintesi tra le opinioni espresse dai vari commissari.

15. - Alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere in parte respinto, ed in parte, nei sensi di cui alla motivazione che precede, deve essere disposta la verifica tecnica, officiando all'uopo l'Istituto Superiore di Sanità. L'incombente istruttorio dovrà essere effettuato nel termine di trenta giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, mediante relazione scritta da depositare presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale.

La domanda risarcitoria, in forma specifica, od, in subordine, per equivalente, allo stato, non può essere deliberata, in attesa delle risultanze dell'istruttoria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge, ed in parte dispone l'incombente istruttorio di cui alla motivazione, nei termini e secondo le modalità stabilite.

Spese al definitivo.

Fissa per la trattazione l'udienza dell'11 marzo 2015.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e che ne sia data comunicazione all'Istituto Superiore di Sanità.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre  
2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2014

IL SEGRETARIO

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