

N. 00079/2010 REG.SEN.
N. 00846/2008 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 846 del 2008, proposto da:
ROCHE DIAGNOSTIC Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Maria
Alessandra Bazzani, Matilde Mura e Jacopo Emilio P. Recla, con
domicilio eletto presso Matilde Mura in Cagliari, via Ancona N.3;

contro

AZIENDA U.S.L. N. 1 con Sede in Sassari, non costituitasi in
giudizio;

nei confronti di

MEDTRONIC Italia Spa, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'AGGIUDICAZIONE del SERVIZIO DI FORNITURA
(annuale, rinnovabile di un altro anno) per APPARECCHI

MICROINFUSORI PER DIABETICI alla controinteressata Medtronic Italia spa, in particolare per l'annullamento:

1) della deliberazione n. 628 del 16 luglio 2008 del direttore generale della ASL di Sassari, con la quale è stata deliberata l'aggiudicazione a favore della contro interessata Medtronic Italia S.p.A. della "fornitura annuale, rinnovabile per un altro anno, di apparecchi microinfusori e relativo materiale di consumo per terapia insulinica per diabetici";

2) del provvedimento del 23 ottobre 2008 mediante il quale il responsabile del settore acquisti dell'ASL di Sassari ha comunicato la suddetta deliberazione 628/2008, da cui risulta che Roche Diagnostics S.p.A. è "seconda" miglior offerente e dalla quale vengono riportate le considerazioni espresse dalla Commissione sulle contestazioni formulate da Roche Diagnostics;

3) dei verbali di gara e delle valutazioni tecniche delle offerte ivi contenute (non noti);

-nonché, per quanto occorrer possa, del capitolato speciale e del bando di gara;

e di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso;

nonché per la condanna

dell'amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16/12/2009 la dott. Grazia Flaim e udito per la parte ricorrente l'avv. Mura;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 434 del 7 novembre 2007 la ASL di Sassari pubblicava il bando relativo, tra le altre, alla procedura aperta per l'appalto di "fornitura annuale, rinnovabile per un altro anno, di apparecchi microinfusori e relativo materiale di consumo per terapia insulinica per diabetici", sulla base del criterio dell'offerta complessivamente più vantaggiosa, considerando i seguenti elementi di valutazione:

*prezzo: punti 40/100;

*qualità: punti 60/100, suddivisi in una serie di parametri di valutazione.

La Commissione deputata a valutare le offerte presentate, tra le quali quella della Roche, concludeva i lavori il 22 maggio 2008 con l'apertura delle offerte economiche.

La Roche ha richiesto l'accesso al verbale tecnico della Commissione nonché alle offerte economiche degli altri concorrenti; l'amministrazione lo avrebbe consentito ma solo in forma di "visione" (in base a quanto affermato in ricorso dalla stessa ricorrente) e non anche con estrazione di copie; non sarebbe stato consentito, inoltre, neppure in forma di visione, l'esame delle offerte

economiche delle aziende concorrenti.

Dai dati a disposizione della ricorrente (a seguito di tale consultazione svolta presso la ASL) risulterebbe la seguente graduatoria:

- 1) Medtronic con punti 89,76 (di cui 58 per punteggio tecnico e 31,76 per punteggio economico);
- 2) Roche con punti 86,75 (di cui 51 per punteggio tecnico e 35,75 per punteggio economico);
- 3) Animas con punti 85,62 (52+33,62);
- 4) Sooil con punti 74,50 (34,5+40).

Con una differenza fra la 1^a (aggiudicataria) e la 2^a (ricorrente) di 3,01 punti.

Il 14 luglio 2008 la ricorrente ha formulato, prima di presentare il ricorso –non essendo ancora avvenuta l'aggiudicazione definitiva– alcune dettagliate “contestazioni”, in particolare in relazione a 3 parametri di valutazione (del capitolato: articolo 10, paragrafo 1c; paragrafo 1f; paragrafo 3a), concernenti le modalità di attribuzione dei punteggi delle offerte tecniche sia in termini generali, in quanto "generiche ed inidonee a descrivere il percorso valutativo che la Commissione ha posto in essere", sia in termini specifici con riferimento ai concreti punteggi assegnati.

Alla luce di tali considerazioni la ricorrente chiedeva all'amministrazione di procedere alla "revisione dei punteggi attribuiti", segnalando inoltre che l'accesso la documentazione

richiesta era stato consentito solo in modo parziale.

La revisione dei punteggi, in accoglimento delle contestazioni esposte dalla ricorrente, comporterebbe -secondo l'interessata- l'aggiudicazione del lotto A in proprio favore.

Nel frattempo (con delibera 628 del 16 luglio 2008) veniva aggiudicata la fornitura a Medtronic.

In riscontro a tale richiesta la ASL, in data 24 luglio 2008, segnalava che le censure relative alla "valutazione tecnica" sarebbero state sottoposte alla Commissione.

In realtà è assodato che, in quella data, la ASL aveva già adottato l'aggiudicazione definitiva (avvenuta con delibera del 16 luglio 2008), che tuttavia non venne segnalata in quella sede alla ricorrente.

Solo il 23 ottobre 2008, infatti, il responsabile settore acquisti della ASL ha provveduto a comunicare alla ricorrente:

-che con deliberazione n. 628 del 16 luglio 2008 era stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto A a favore di Medtronic Italia spa per euro 567.994,26 iva compresa (importo variato, in diminuzione, rispetto a quello contemplato dall'aggiudicazione provvisoria della Commissione di euro 578.373,54 in quanto era stata accolta dall'amministrazione la segnalazione di errore compiuta dall'aggiudicatario con nota del 3 giugno 2008, pervenuta all'amministrazione in data sconosciuta);

-che Roche diagnostics spa è risultata "seconda" miglior offerente.

Nella suddetta comunicazione sono state, inoltre, riportate le

considerazioni compiute dalla Commissione in merito ai tre profili sollevati (analizzati in data 21 ottobre 2008, secondo l'annotazione apposta a penna, allegato n. 9 OCI 57/2009) alle contestazioni della ricorrente, dalle quali risulta che tali contestazioni sono state sostanzialmente respinte.

Con ricorso notificato il 30 ottobre 2008 e depositato il 7 novembre la ricorrente ha formulato le seguenti censure:

*A- sull' illegittima attribuzione del punteggio di cui all'articolo 10 paragrafo 1 c) del capitolato (massimo 5 punti):

- 1) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10 paragrafo 1 c) del capitolato - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10 paragrafo 1 c) del capitolato sotto ulteriore profilo - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione sotto ulteriore profilo;

*B - sull' illegittima attribuzione del punteggio di cui all'articolo 10, paragrafo 1 f) del capitolato (massimo 5 punti):

- 3) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 1 f) del capitolato - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione;
- 4) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 1 f) del capitolato sotto ulteriore profilo - eccesso di potere per difetto

d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione sotto ulteriore profilo;

in sostanza per la voce A (censure 1 e 2) la ricorrente lamenta:

per il calcolatore di bolo ("bolo audio" e "bolo con telecomando") i sistemi offerti dalla ricorrente e dalla controinteressata avrebbero le stesse caratteristiche, il che renderebbe ingiustificata l'attribuzione di un punteggio maggiore (5 punti) a Medtronic rispetto a quello (4 punti) attribuito a Roche;

in sostanza per la voce B (censure 3 e 4) la ricorrente lamenta che:

il sistema offerto da Roche avrebbe la capacità di "memorizzazione" per mantenere in memoria i dati relativi all'impostazione dei "basali"; il che renderebbe ingiustificata l'attribuzione di un punteggio superiore (4 punti) a Medtronic rispetto a quello (3 punti) attribuito a Roche; in ogni caso il bando non richiedeva la (diversa) memorizzazione del calcolatore "di boli";

*C - sull' illegittima attribuzione del punteggio di cui all'articolo 10, paragrafo 3 a) del capitolato (massimo 5 punti), in quanto mancherebbero le valutazioni della commissione in ordine alle caratteristiche migliorative del "sistema automatico di inserimento del set di infusione", in particolare:

5) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 3 a) del capitolato - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione - omessa considerazione di una caratteristica innovativa del sistema

offerto da Roche (per l'individuazione dei noduli sottocutanei);

6) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 3 a) del capitolato sotto ulteriore profilo - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione sotto ulteriore profilo - omessa valutazione del meccanismo di sicurezza del prodotto offerto dalla ricorrente, che impedisce l'uso accidentale dell'infusore;

7) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 3 a) del capitolato sotto ulteriore profilo - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione sotto ulteriore profilo - la commissione ha considerato "più pratico e più semplice" il prodotto offerto da Medtronic, senza alcuna indicazione precisa delle caratteristiche dello strumento;

*D - sull'illegittima attribuzione del punteggio di cui all'articolo 10, paragrafo 2 b) del capitolato (massimo 3,5 punti):

8) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 2 b) del capitolato (ASSISTENZA) - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità difetto di motivazione;

*E - sull'illegittima attribuzione del punteggio di cui all'articolo 10, paragrafo 3 b) del capitolato (massimo 6 punti):

9) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 3 b) del capitolato - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento

dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione - in particolare non si comprende per quale motivo sia stato assegnato un punteggio maggiore (6 punti) a Medtronic rispetto a quello assegnato a Roche (5 punti) per il "maggior numero di opzioni" del "catetere di infusione e ago cannula", quando invece tale caratteristica nell'offerta del aggiudicataria non è rinvenibile;

*F - sull'illegittima attribuzione del punteggio di cui all'articolo 10, paragrafo 2 d) del capitolato (massimo 4 punti):

10) violazione e falsa applicazione dell'articolo 10, paragrafo 2 d) del capitolato (GARANZIA) - eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei presupposti, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione;

*G - sull'illegittimità della deliberazione n. 628 del 16 luglio 2008 sotto ulteriore profilo:

11) violazione dei principi di par condicio e di immutabilità delle offerte - eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità (modifica del prezzo offerto da Medtronic, in sede di aggiudicazione definitiva).

Con il ricorso veniva formulata istanza risarcitoria per equivalente economico derivante dalla perdita della chance di aggiudicazione dell'appalto, riservandosi di quantificare gli importi ed indicare eventuali ulteriori motivi del danno in corso di causa.

Inoltre con il ricorso si formulava istanza istruttoria per la produzione in giudizio:

- delle offerte complete (sottoplico A – B - C) della controinteressata e delle altre concorrenti;
- di tutti verbali di gara relativi allegati, ivi compresi i giudizi tecnici espressi dalla commissione;
- della comunicazione di Medtronic del 3 giugno 2008 relativa all' "errore materiale" nell'indicazione del proprio prezzo (per la voce "cateteri di infusione ed ago cannula (diverse misure)", citata dalla deliberazione n. 628/2008;
- ogni ulteriore documentazione relativa la procedura di gara.

Con ordinanza n. 466 del 26 novembre 2008 la domanda cautelare è stata accolta, in particolare in relazione all'attribuzione dei punteggi correlati alle due voci del bando 10 2b (assistenza tecnica) e 10 2 d (garanzia), già sufficienti per sovvertire l'esito della gara, fissando l'udienza di merito per il 27 maggio 2009. In particolare in sede cautelare il collegio ha ritenuto che "non risultano, fin d'ora, ragionevoli i punteggi attribuiti alla ricorrente ed alla controinteressata per le voci del bando <10 2 b> e <10 2 d>;

- 1) in particolare l'attribuzione di mezzo punto in meno alla ricorrente (3 contro 3,5) per l' "assistenza tecnica continuativa tramite numero verde, 24 ore per 365 giorni" (cfr. documento 15 allegato),
- 2) sono stati attribuiti 3 punti alla controinteressata, a fronte di un'offerta che proponeva solo il requisito <minimo> previsto (garanzia di 4 anni)."

Alla prima udienza del 27 maggio 2009, mancando documentazione essenziale per l'esame della controversia, il Collegio decideva, con ordinanza collegiale istruttoria n. 57 del 12 giugno 2009, di disporre l'acquisizione, a carico della ASL. 1 di Sassari, entro 20 giorni, della seguente documentazione (in particolare in considerazione del fatto che, mancando la costituzione in giudizio di amministrazione e controinteressata, non era stato reso disponibile il dato "ufficiale" dei conteggi dei punteggi effettuati dalla Commissione; l'unico documento disponibile era quello –doc. 9 allegato al ricorso,- redatto dalla stessa ricorrente a seguito dell'accesso compiuto):

- offerte complete (sottoplico A B C) della controinteressata e della ricorrente;
- tutti i verbali di gara (in particolare quello del 22.5.2008) e relativi allegati, ivi compresi i giudizi tecnici espressi dalla Commissione;
- valutazioni della Commissione in ordine alle richieste di riesame formulate da Roche;
- comunicazione Medtronic del 3 giugno 2008 relativa all' "errore materiale" nell'indicazione del prezzo, citata dalla deliberazione n. 628/2008;
- ogni ulteriore atto relativo alla procedura di gara;
- richiesta di accesso della ricorrente e relativo riscontro e/o comunque modalità con le quali si è consentito lo svolgimento della visione e/o estrazione copia degli atti.

Con l'ordinanza veniva fissata nuova udienza di merito per il 16 dicembre 2009.

L'Amministrazione ha provveduto al deposito di quanto richiesto dal Tar con nota del 30 giugno 2009 depositata l'1 luglio 2009.

Comunque né l'amministrazione ASL 1 di Sassari, né la controinteressata si sono costituite in giudizio, né per la fase cautelare né per quella di merito.

Alla nuova udienza del 16 dicembre 2009 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

Alcune censure già erano evidenti in fase di esame della sospensiva.

Trattasi in particolare di due profili connessi ai seguenti aspetti:

- "assistenza" (art. 10 par. 2b) –censura D-;

- "garanzia" (art. 10 par. 2d) –censura F-.

I vizi sollevati sub A-B-C-E- vertono invece su aspetti esclusivamente tecnici in ordine ai diversi sistemi offerti dalle 2 società partecipanti alla gara, che non potevano essere esaminati se non con l'analisi delle offerte, ed in particolare dell'offerta della controinteressata Medtronic.

I vizi sub D-F-G vertono su questioni (assistenza, garanzia, modifica successiva del prezzo dell'offerta della controinteressata), già analizzate sulla base delle considerazioni svolte nel ricorso, e necessitavano di mera "conferma documentale", in particolare per l'ultimo aspetto (G- modifica del prezzo non compiuta dalla

Commissione di gara, ma dal Direttore Generale).

Il Collegio ha assunto il provvedimento cautelare, favorevole, sulla base della considerazione che già con l'accoglimento delle censure indicate ai punti 8, 10 e 11 (D-F-G) la differenza di punteggio sussistente (3,01 punti) tra la prima (89,76) e la seconda classificata (86,75) sarebbe stata superata in favore della ricorrente. Ciò in quanto:

-la differenza di punteggio stabilito per l' "assistenza", art. 10 par. 2b (che consentiva l'attribuzione di un massimo di 3,5 punti) non appariva giustificato (3 per la ricorrente e 3,5 per la controinteressata) da un servizio realmente migliore reso da Medtronic;

- il punteggio stabilito per la "garanzia" art. 10 par. 2d (che consentiva l'attribuzione di un massimo di 4 punti) e che non prevedeva alcun punteggio minimo (1 o 0,5) non avrebbe potuto premiare la controinteressata ; quindi, a fronte di un'offerta che contemplava una garanzia avente una durata (solo) pari al "minimo" richiesto dal capitolato (4 anni), si riteneva che l'offerta della controinteressata non fosse, per questo parametro, meritevole di ulteriore considerazione.

Complessivamente Roche avrebbe ottenuto +0,5 per l'assistenza (cioè 3,5 cioè come quello attribuito a Medtronic, anziché solo 3), mentre Medtronic avrebbe avuto la decurtazione di 3 punti per la garanzia (avendo offerto solo il requisito-base).

E in funzione di questi nuovi indicatori l'offerta Roche avrebbe ottenuto un punteggio finale maggiore: 87,25 (+0,50) , mentre quello Medtronic sarebbe sceso a 86,76 (-3).

Rimaneva però l'ulteriore problematica della modifica del corrispettivo "prezzo" (oggetto della nota della controinteressata del 3 giugno 2008) e recepito dall'amministrazione in sede di aggiudicazione, compiuta con la delibera n. 628 del 16 luglio 2008 del direttore generale ASL, che qualificava la modifica in termini di "errore materiale", senza alcun previo esame da parte della Commissione di gara, con, in definitiva, riduzione del prezzo di aggiudicazione da € 578.373,54 a € 567.994,26 (IVA compresa), quale spesa complessiva annuale della fornitura (complessivamente per i due lotti: lotto A e lotto B).

Il Collegio riteneva quindi di non poter prescindere dall'acquisizione di tutti gli atti di gara nonché dell'offerta della controinteressata vincitrice Medtronic per poter definire complessivamente la controversia.

Dagli atti depositati dalla ASL di Sassari, il 1° luglio 2009, (in particolare sono state depositate le Tabelle dei punteggi allegate al verbale del 22 maggio 2008, ove MEDTRONIC risultava aggiudicataria con il punteggio totale di 89,76 per il prezzo di € 368.867) emergono alcuni elementi rilevanti, alcuni confermativi, altri innovativi.

I) GARANZIA.

Medtronic otteneva il punteggio di 3 punti (per 4 anni di garanzia) e Roche 4 punti (per 6 anni di garanzia) –cfr. Tabella su b voce 2d-.

Nell'offerta presentata dall'aggiudicataria Medtronic non vi è alcun espresso riferimento al servizio di "garanzia" (contrariamente all'offerta Roche); è stata allegata solo una dichiarazione (in riferimento all'articolo 87 comma 2 del T.U. 163/2006) ove si afferma che "l'offerta presentata è comprensiva di tutta una serie di servizi post-vendita quali a titolo esemplificativo: servizio di assistenza da parte di specialisti di prodotto, consegna garantita in tempi brevi in caso d'urgenza, reperibilità di personale tecnico Medtronic".

L'offerta della ricorrente, in punto di "garanzia" e "assistenza", è invece assolutamente esplicita e analitica, posto che a pagina 2 dell'offerta si precisava che "Le apparecchiature proposte godono di una garanzia di tipo <Full Risk> della durata di sei anni di utilizzo effettivo dalla data di acquisto, salvo casi di utilizzo negligente. Si precisa che la durata della garanzia coincide con il periodo di vita dello strumento. Nell'ipotesi di guasto malfunzionamento la continuità della terapia è immediatamente garantita dall'impiego del secondo microinfusore (back up pump) a disposizione del paziente. In caso di guasto la garanzia comprende:

- il recupero dell'apparecchio difettoso entro 48 h e la riparazione dello stesso in sei giorni lavorativi dalla data di ricevimento;
- la sostituzione del microinfusore in caso di guasto non

ricondizionabile.”

Il Collegio ritiene, quindi, del tutto ingiustificata l'attribuzione di 3 punti per la voce "garanzia" all'aggiudicataria (punteggio indicato nella tabella 1 allegata al verbale del 22/5/2008, sub voce 2d-rubricata "assistenza tecnica"), correlata ad un'offerta che l'Amministrazione ha quantificato in 4 anni (cfr Tabella), pari al requisito base (la ricorrente invece otteneva un maggior punteggio -4 punti-, in considerazione, evidentemente, dell'estensione della garanzia a sei anni).

II) ASSISTENZA TECNICA.

Medtronic ha ottenuto per l'assistenza tecnica 3,5 punti, mentre Roche ha avuto solo 3 punti.

Nella Tabella prodotta (allegata al verbale del 22 maggio 2008) sub voce 2b “ assistenza tecnica continuativa tramite numero verde 24 h su 24 per 365 giorni” fra ricorrente e controinteressata vi è una differenza di 0,50 punti; mentre, infatti, la controinteressata ha ottenuto il massimo punteggio di 3,5 con l'indicazione supplementare "descrizione molto dettagliata ed esaustiva", la ricorrente ha invece ottenuto soli 3 punti, senza ulteriore precisazione.

Dagli atti depositati a seguito dell'ordinanza istruttoria non è dato sapere dove e come sia stata formulata questa particolare “descrizione” che ha favorito in modo decisivo l'aggiudicataria.

Invece nell'offerta Roche, a pagina 3, vi è un capitolo espressamente dedicato all' "Assistenza tecnica", ove si precisa il numero verde per gli utilizzatori 24 h/24 h, nonché le caratteristiche del "secondo" microinfusore che viene posto subito "a disposizione del paziente", con le modalità già descritte nel precedente punto riferito alla garanzia –a cui si rinvia, per evitare ripetizioni- (per il ricambio: prezzo offerto zero, sconto applicato al 100% - 50 confezioni offerte; sia per il microinfusore che per il software, aventi valore di listino, a confezione, rispettivamente di € 800 ed euro 120, ceduti gratuitamente).

Nell'offerta dell'aggiudicataria invece, composta di 24 pagine più una pagina di dichiarazione (già menzionata al punto precedente), non viene specificato alcunché. Il "servizio di assistenza da parte di specialisti del prodotto" non risulta essere stato precisato né analiticamente, né sinteticamente in sede di offerta; nella dichiarazione si fa solo riferimento ai "servizi postvendita", non altrimenti precisati (né in sede di offerta, né in sede contenziosa, non essendosi le parti costituite), per i quali non può neppure ipotizzarsi il principio del rinvio "per relationem" (a quale documento?). La dichiarazione compiuta in sede di offerta è dunque assolutamente generica ed inidonea a consentire l'attribuzione del punteggio, e tanto meno di un punteggio maggiore rispetto alla ricorrente (3,5 contro 3).

III) CARATTERISTICHE TECNICHE DEL SET DI INFUSIONE.

Sub voce 3a) la Commissione ha ritenuto di assegnare il punteggio massimo di 3 punti alla controinteressata mentre ha attribuito solo 1,5 punti alla ricorrente precisando, per questa voce, la valutazione "poco pratico".

La ricorrente, con le censure formulate ai numeri 5-6-7, ha evidenziato che la Commissione non ha considerato alcune caratteristiche aggiuntive ed esclusive di Roche, in particolare:

- “ sistema di sicurezza” per non erogare involontariamente in caso di uso accidentale dell'infusore; obbligo di disattivazione preventivo della sicura tramite apposito tasto; prodotto introdotto sul mercato solo nel 2007, con caratteristiche innovative rispetto ai sistemi precedenti; e tale elemento non risulta essere stato valutato dalla Commissione; la Commissione ha identificato il sistema automatico di inserimento del set di infusione come "poco pratico" senza alcun specifico riferimento a caratteristiche d'uso del prodotto;
- neppure è stata presa in considerazione la specifica caratteristica del prodotto offerto dalla Roche, che sarebbe l'unico che consente di "vedere direttamente il punto della cute dove avverrà l'inserzione dell'ago-cannula" e di valutare quindi la presenza o meno di lipodistrofie (noduli sottocutanei) e di eventuali conseguenti problemi nella diffusione sottocutanea dell'insulina.

Neppure sono significative le successive valutazioni espresse dalla

Commissione (peraltro dopo l'aggiudicazione della fornitura), al terzo punto della nota datata 21 ottobre 2008, che si limitano ad attestare che non si era ritenuto di valorizzare tale aspetto, in quanto la "palpazione" antecedente alla procedura di inserzione avrebbe la stessa funzione ed il medesimo significato.

La differenza, a favore dell'aggiudicataria, di 1,5 per "maggiore semplicità dell'uso dell'inseritore" e/o "più pratico" -come indicato nelle controdeduzioni successive-, non è supportata da idonea motivazione, specie in considerazione del fatto che talune caratteristiche esclusive del prodotto della ricorrente (che non sono state smentite) non sono state per nulla valutate.

IV) MAGGIOR NUMERO DI OPZIONI PER CATETERE DI INFUSIONE E AGO CANNULA.

Sempre nell'ambito della Voce Generale "Caratteristiche tecniche del set di infusione", ma questa volta sub voce 3b) "catetere di infusione e ago cannula (entrambi di diverse lunghezze)", l'aggiudicataria otteneva il punteggio massimo di 6 con la seguente precisazione "maggior numero di opzioni"; invece la ricorrente otteneva il punteggio di 5 senza ulteriore specificazione.

In ricorso la ricorrente, sub censura E8 (rectius E9), ritiene che tale differenza di punteggio sia assolutamente impropria in considerazione del fatto che nella propria offerta la Roche aveva previsto un assortimento di aghi cannula addirittura maggiore

rispetto a quello offerto dall'aggiudicataria.

Esaminando le due offerte risulta, effettivamente, che:

dall'offerta della ricorrente ROCHE che, allo stesso prezzo, di € 122,59, sono stati proposti ben 14 “diversi” set di infusione con ago cannula in teflon, di diverse misure, 6 di nome “AC TENDERLINK I” e 8 di nome “ACCU-CHEK FLEXLINK BLUE CAP” , entrambi ulteriormente caratterizzati da una sigla numerica, diversa, corrispondente alle diverse misure di aghi e cateteri (cfr. offerta Roche, sub voce 4 da pagina quattro a pagina sette, per un totale di 650 confezioni offerte -10 pezzi a confezione-, pari a 6500 pezzi, per un totale di € 79.683,50);

MEDTRONIC, invece, nella propria offerta, ha suddiviso in due categorie (di 3250 ciascuna) i 6500 cateteri e per ciascuna delle due categorie ha offerto 4 alternative, aventi diverse misure, per un totale di 8 opzioni; per il prezzo complessivo di € 66.137 + € 57.882 (cfr. pagg. 7-8-9 dell'offerta), per un totale quindi di Euro 124.019.

Avendo la ricorrente proposto ben 14 diverse opzioni, cioè un numero maggiore rispetto alle alternative complessive proposte dall'aggiudicataria (8), effettivamente non si comprende e non si giustifica il maggior punteggio assegnato dalla Commissione a Medtronic (1 punto in più, 6 contro 5), con l'indicazione premiale "maggior numero di opzioni", elemento che, invece, avrebbe dovuto essere riconosciuto alla ricorrente.

V) VARIAZIONE DEL PREZZO/CORRISPETTIVO OFFERTO DALL' AGGIUDICATARIA.

La Commissione ha ultimato i propri lavori con il verbale del 22 maggio 2008, al quale sono state allegate le Tabelle contenenti punteggi e, in taluni casi, anche dei giudizi .

La compilazione di tali Tabelle sono state fondamentali per addivenire al punteggio globale delle quattro partecipanti e quindi per individuare l'esito della gara.

Il punteggio complessivo, per le caratteristiche tecniche (del lotto A), è raccolto nella Tabella -allegato n. 2 :

58 per l'aggiudicataria

51 per la ricorrente.

A questi punteggi vanno aggiunti i punti relativi al "prezzo" complessivo del lotto (€ 368.867 per l'offerta dell'aggiudicataria; € 327.713 per l'offerta della ricorrente), quantificati in 31,77 punti per l'aggiudicataria e 35,76 punti per la ricorrente, per un totale globale tecnico/economico di:

-89,76 per Medtronic;

-86,75 per Roche.

La Commissione ha evidentemente compilato i propri schemi e le attribuzioni dei punteggi sulla base delle offerte tecniche ed economiche pervenute.

In realtà, successivamente, e solo in sede di aggiudicazione (delibera del direttore generale del 16 luglio 2008 n. 628) il

prezzo/corrispettivo è mutato, "in riduzione" (da euro 578.373,54 a 567.994,26), a vantaggio della ASL, e ciò "in recepimento" di una lettera Medtronic datata 3 giugno 2008 che l'aggiudicataria trasmetteva alla ASL di Sassari, con la quale si precisava che "in relazione alla nostra offerta per le gare in oggetto, relativamente ai lotti A e B è stato commesso un <errore materiale> in merito alla voce <cateteri di infusione ed ago cannula (diverse misure)> ove sono espressi due prezzi differenti. Vogliate ritenere valido quello più vantaggioso per l'azienda, ovvero il prezzo unitario di € 17,805".

Peraltro non risulta compiuta una modifica "formale" del punteggio (neppure in sede di aggiudicazione), ma solo l'individuazione diversa del corrispettivo dovuto (in riduzione).

Dall' esame dell'offerta Medtronic (per lotto A e B) effettivamente si rinvencono prezzi diversi per i "cateteri di infusione ed ago cannula":

lotto A:

-a pagina 8 € 20,35 prezzo unitario ed euro 203,48 prezzo a confezione da 10 pezzi;

-a pagina 9 € 17,81 prezzo unitario ed euro 178,05 a confezione;

lotto B:

-a pagina 18 euro 203,48 prezzo a confezione ed € 20,35 prezzo unitario ;

-a pagina 19 euro 178,05 a confezione ed € 17,81 prezzo unitario;

-a pagina 22 euro 203,48 prezzo a confezione.

Il Collegio ritiene che l'indicazione differenziata del corrispettivo non

potrebbe essere, poi, qualificata (oltretutto dal direttore generale) come "errore materiale" .

L'offerta, per il lotto A, era articolata e strutturata, tra gli altri prodotti offerti, con la fornitura di "6500 cateteri di infusione e ago cannula", che la controinteressata ha così suddiviso (cfr. pag. 7 offerta):

-3250 cateteri del modello PARADIGM QUICK SET (pag. 7 offerta) al prezzo unitario di € 20,35 e a confezione di € 203,48, per un totale di € 66.137,50 -il tutto più IVA- (cfr. pag. 8 offerta);

-3250 cateteri del modello PARADGM SILHOUETTE (pag. 8 offerta) al prezzo unitario di € 17,81 e a confezione di € 178,05, per un totale euro 57.882,50 -il tutto più IVA- (cfr. pag. 9 offerta)

Per ciascuna delle 2 categorie venivano offerti, in alternativa e allo stesso prezzo, eventuali ulteriori 4 modelli (stessa tipologia ma aventi diverse misure).

Trattandosi di due diversi prodotti (PARADIGM QUICK SET e PARADGM SILHOUETTE) il differente prezzo non può essere attribuito semplicemente ad un "errore materiale"; in ogni caso certamente una valutazione di questo tipo non poteva prescindere dalla valutazione della Commissione che aveva attribuito il punteggio, parametrando anche all'offerta economica.

Tale analisi assume rilevanza in quanto il punteggio dell'aggiudicataria non sarebbe più 89,76, come stabilito dalla Commissione, ma (secondo il conteggio effettuato dalla ricorrente)

di 90,49 .

Sebbene un “risparmio” per l’Amministrazione possa certamente giustificare l'utilizzo dell'istituto dell'errore materiale e/o della correzione interpretativa, tale fattispecie non può essere considerata quando l'operazione (pur vantaggiosa per l'amministrazione) implica, però anche, una vera e propria modifica dell'offerta economica.

In conclusione:

- vanno accolte le censure sub vizi 5-6-7 (C) ;
- va accolta la censura sub vizio 8 (D);
- va accolta la censura sub vizio 9 (E);
- va accolta la censura sub vizio 10 (F);
- va accolta la censura sub vizio 11 (G).

Possono dichiararsi invece assorbite, alla luce della prova di resistenza, le censure A (1 e 2), B (3 e 4) –la cui trattazione avrebbe richiesto una consulenza tecnica-.

Essendo stata assicurata tempestiva tutela giurisdizionale con l'accoglimento dell'ordinanza cautelare (n. 466 del 26/11/2008) si può prescindere dall'esame della domanda risarcitoria.

Garantito l'interesse della ricorrente con la sospensiva, che ha impedito la concreta fornitura da parte della controinteressata, l'amministrazione dovrà ora attivare il procedimento di nuova aggiudicazione nei confronti della ricorrente, in base alla modifica dei punteggi che emergono dall'accoglimento delle censure C D E F G

(5-6-7-8-9-10-11).

In definitiva il ricorso, per la parte impugnatoria, va accolto con annullamento degli atti impugnati.

Le spese e gli onorari di giudizio seguono la soccombenza e vengono quantificati in dispositivo.

P.Q.M.

-accoglie il ricorso;

-condanna la ASL di Sassari al pagamento di € 3000 (tremila) in favore della ricorrente;

spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 16/12/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO