



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2453 del 2011, proposto da:  
Medisize Italia Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Cocco,  
Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso l'avv. Simona Giorgi in  
Milano, via L. Anelli, 2;

***contro***

Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento, rappresentata  
e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso il suo  
studio in Milano, viale Gian Galeazzo, 16;

***nei confronti di***

Cea Spa non costituita in giudizio;

***per l'annullamento, previa sospensione,***

dell'aggiudicazione disposta dall'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di  
perfezionamento di Milano in favore della CEA Spa ,indetta per la

fornitura in service di coprisonda e relativi termometri timpanici per un periodo di 36 mesi; tutti i verbali di gara con particolare riferimento a quello del 7 .04.2011; ove occorrer possa del capitolato generale e speciale nonché del regolamento di gara;della determinazione della Stazione appaltante del 26.11.2010 n. 351 sconosciuta nei suoi intrinsechi contenuti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2011 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente impugnava il provvedimento di aggiudicazione emesso dall'amministrazione resistente all'esito di una procedura di cottimo fiduciario per la fornitura di coprisonda e relativi termometri timpanici.

Il ricorso si articola su due motivi.

Il primo contesta la violazione in generale del codice appalti e dei principi comunitari in tema di evidenza pubblica oltre alla violazione

della *lex specialis* di gara ed all'eccesso di potere per travisamento errore nei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione.

La Stazione appaltante aveva modificato l'Allegato A del Capitolato Speciale d'appalto prescrivendo che i termometri dovessero avere *un intervallo di temperatura rilevato indicata vivamente tra i 20-42° C*; tale prescrizione era prevista a pena di esclusione.

La rettifica del Capitolato era stata sottoscritta per accettazione da tutti i partecipanti alla gara.

La società controinteressata, risultata poi aggiudicataria, aveva offerto un prodotto che non possedeva le caratteristiche suindicate poiché l'intervallo di temperature misurato andava da 33 a 42°C.

La mancata esclusione della CEA s.p.a. costituiva un'evidente violazione della *lex specialis* considerando il fatto che rispetto alle clausole di esclusione l'applicazione non può dar luogo a valutazioni discrezionali.

Il secondo motivo eccepisce gli stessi vizi in relazione alle modalità di applicazione dei punteggi relativi all'offerta tecnica in relazione al più rilevante dei fattori individuati per giudicare della bontà del prodotto offerto.

Il fattore 3 riguardava il "*numero di rilevazioni effettuate con una carica di batterie e conseguente impatto ambientale*"; si tratta di un fattore decisivo poiché pesava per il 50% sul complessivo punteggio attribuiti all'offerta tecnica che era pari al 40% del totale.

Orbene, nonostante il prodotto offerto dalla società ricorrente fosse munito di batterie ricaricabili con conseguente minor impatto

sull'ambiente, a parità di numero di rilevazioni con una batteria era stato assegnato un punteggio inferiore alla concorrente di ben cinque punti per il fatto che il corretto posizionamento sul carica batterie avrebbe richiesto una cura particolare per ottenere un corretto funzionamento cura che non sarebbe stata compatibile con le esigenze operative dell'attività sanitaria all'interno di un reparto ospedaliero.

La motivazione singolare finisce per penalizzare un prodotto che meglio garantiva le esigenze di rispetto dell'ambiente in ossequio alle previsioni dell'art. 281 del regolamento di attuazione del codice degli appalti con un giudizio manifestamente irragionevole.

L'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso ed argomentando in particolare che non vi erano ragioni per escludere la ditta aggiudicataria poiché la clausola prevedeva che il prodotto dovesse misurare indicativamente quell'intervallo di temperature, era un criterio orientativo che poteva ritenersi integrato nel momento in cui il prodotto rilevasse le temperature che ordinariamente si potevano rilevare poiché quelle inferiori ai 33°C si verificavano solo in situazioni estreme che generavano condizioni di ipotermia non ipotizzabili in un contesto ospedaliero.

Pertanto in ambito ospedaliero eventuali situazioni di ipotermia potevano essere rilevate con strumenti più sofisticati del termometro timpanico che serviva evidentemente per situazioni ordinarie.

La clausola interpretata nel senso indicato dalla società ricorrente avrebbe comportato un'irragionevole restrizione della concorrenza in

contrasto con il principio di favor participationis.

Il ricorso è fondato meritando accoglimento il primo motivo di ricorso che rende superfluo l'esame del secondo motivo.

Se le esigenze cliniche dell'Azienda resistente possono essere soddisfatte nei termini espressi dal proprio difensore, non si capisce per quale ragione vi sia stata l'integrazione del Capitolato speciale inserendo la clausola in discussione a pena di esclusione potendosi limitare a richiedere come intervallo di misurazione quello delle temperature che si possono rilevare quando non vi sono situazioni di ipotermia.

L'uso dell'avverbio indicativamente non è un esempio di corretta individuazione di un requisito tecnico soprattutto perché esso è previsto a pena di esclusione, ma la sua presenza non può avere come conseguenza un'interpretazione abrogatrice del requisito.

Non si può concordare con la lettura offerta dall'Azienda resistente che ritiene che il requisito possa essere soddisfatto purchè le misurazioni offerte dal prodotto indicato stiano all'interno dell'intervallo indicato; è ovvio che qualunque termometro misurerà temperature ricomprese nell'ampio intervallo considerato con conseguente inutilità dell'indicazione.

Dal momento che l'interpretazione deve rispondere all'esigenza di dare alla clausola un significato che ne giustifichi l'esistenza, l'avverbio indicativamente può essere inteso come includente anche prodotti che di discostino lievemente dall'intervallo di temperature indicato.

Il prodotto offerto dalla ditta aggiudicataria, invece, non copre

l'ampio intervallo tra i 20 ed i 33°C che ricomprende le situazioni di ipotermia e quindi non soddisfa proprio quell'esigenza che sola può giustificare l'applicazione di una clausola siffatta.

Non può a posteriori l'Azienda Ospedaliera affermare che in reparto sono sufficienti ordinari termometri timpanici che misurino un intervallo di temperature che ricomprenda quelle che il corpo umano ha al di fuori di eccezionali situazioni ambientali che abbiano causato un'ipotermia.

Se così fosse non si vede per quale ragione abbia rettificato il Capitolato speciale preoccupandosi di far sottoscrivere la modifica per accettazione ai partecipanti alla gara se non ipotizzando l'inserimento di clausole inutili che avrebbero unicamente l'effetto di restringer il campo dei partecipanti e quindi di limitare irragionevolmente la concorrenza.

Ciò avrebbe potuto giustificare un'impugnazione del Capitolato per contestare l'inutilità e quindi l'illegittimità per eccesso di potere della clausola, circostanza che però non si è verificata.

In una situazione come quella che si è verificata la Stazione appaltante avrebbe dovuto trarre le inevitabili conseguenze dalla clausola escludendo la GEA s.p.a. che non poteva pertanto essere dichiarata aggiudicataria della fornitura.

Di conseguenza il provvedimento di aggiudicazione deve essere annullato e la Stazione appaltante dovrà procedere all'emanazione di un nuovo provvedimento che tenga conto dell'esclusione della ditta in precedenza aggiudicataria.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come i  
dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione IV,  
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,  
lo accoglie e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Condanna l'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento  
alla rifusione delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000  
oltre C.P.A. ed I.V.A ed al rimborso del contributo unificato ex art.  
13, comma 6 bis, D.P.R. 115\02, nella somma di € 4.000.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre  
2011 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Ugo De Carlo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2011

## IL SEGRETARIO

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