



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3726 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Hospira Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Soprano e Sonia Selletti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

***contro***

Asl 107 - Napoli 2, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Lidia Buondonno, con domicilio eletto presso l'Ufficio di rappresentanza della Regione Campania in Roma, via Poli, n. 29;

***nei confronti di***

B. Braun Milano S.p.a., B. Braun Avitum Italy S.p.a., B.C. Trade S.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE V, n. 02836/2013, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura pompe infusionali in noleggio oneroso ed in service gratuito con l'acquisto di set infusionali – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl 107 - Napoli 2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. - Hospira Italia S.r.l. ha partecipato alla procedura aperta indetta dalla ASL Napoli 2 Nord avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di pompe infusionali in noleggio oneroso ed in “service gratuito” con l'acquisto di set infuzionali” (lotto D), aggiudicata a B.Braun.

Hospira rilevava, già in sede di apertura delle buste, la difformità dell'offerta rispetto al capitolato e chiedeva apposita verifica circa “la possibilità di infusione a doppia via simultanea e alternata” della pompa offerta da B.Braun, che indicava la sola possibilità di attivazione in “modalità Piggyback per la somministrazione alternata di due infusioni”.

La Commissione riteneva che le caratteristiche tecniche di tutte le pompe offerte “sono rispondenti alle esigenze funzionali dell'azienda e, pertanto,

conformi al disciplinare tecnico”; assegnava, pertanto, a Braun il punteggio nella misura massima (10 punti) per il detto requisito.

2. - A seguito di ricorso, il TAR respingeva tutte le censure fatte valere, valorizzando la determinazione della Commissione circa la rispondenza all’interesse pubblico del prodotto offerto dall’aggiudicataria.

3. - Con l’appello introduttivo Hospira Italia, classificatasi seconda, con punti 83,74 contro i 100 punti assegnati a B.Braun, impugnava il dispositivo della sentenza, pronunciato ai sensi dell’art. 119, comma 6, c.p.a..

Successivamente, proponeva motivi aggiunti avverso la motivazione della sentenza n. 2836 del 30.5.2013 deducendo:

-I) erroneità in relazione al primo motivo di ricorso. Omessa considerazione delle caratteristiche tecniche richieste dal disciplinare tecnico, nonché errore di giudizio sulla sua natura vincolante e sulla conformità dell’offerta tecnica presentata dall’aggiudicataria in relazione all’art. 2 del Capitolato speciale d’appalto.

L’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per mancato possesso delle caratteristiche tecniche richieste.

-II) manifesta ingiustizia ed erroneità della sentenza appellata in relazione al secondo motivo di ricorso. Errore di giudizio.

L’offerta di Braun avrebbe dovuto conseguire un punteggio inferiore per mancanza di taluni requisiti; mentre Hospira avrebbe dovuto conseguire un punteggio maggiore.

-III) erroneità ed ingiustizia della sentenza in relazione al terzo motivo di ricorso.

La Commissione avrebbe dovuto redigere apposita relazione contenente i

giudizi qualitativi e i rispettivi punteggi tecnici, ex art. 6 del c.s.a..

4. - Resiste in giudizio l'Azienda sanitaria intimata.

5. - All'udienza del 12 dicembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. - L'appello è fondato.

2. - Merita accoglimento il primo motivo col quale si censura la sentenza per aver ritenuto che la Commissione nell'ammettere l'aggiudicataria, nonostante avesse offerto un prodotto privo di una caratteristica tecnica richiesta dal disciplinare di gara, avesse il potere di ricondurre il modello de quo (pompa volumetrica infusomat) nella tipologia prescritta dalla lex specialis.

La decisione della Commissione, invero, sollecitata anche al riesame della propria determinazione in sede di gara, contrasta con la formulazione del Disciplinare tecnico che precisava espressamente le caratteristiche dell'oggetto della fornitura per il lotto D ("pompe con meccanismo volumetrico") e con l'art. 2 del capitolato speciale, il quale richiedeva che i prodotti offerti possedessero le caratteristiche tecniche conformi all'allegato Capitolato tecnico, precisando che "non sono ammesse varianti alle caratteristiche tecniche contenute nell'allegato capitolato tecnico".

Quale caratteristica essenziale della pompa, il Capitolato tecnico prescriveva "la possibilità d'infusione a doppia via simultanea e alternata con possibilità di infondere soluzioni a diverse velocità e volumi reimpostati e possibilità di infusione, contemporaneamente alla sacca, da siringhe standard".

La pompa offerta dall'aggiudicataria, come risulta dalla scheda tecnica, dispone della "funzione speciale Piggy back" che viene così descritta: "per somministrazione di due infusioni - immissione di due velocità diverse - bilanciamento dell'infusione – commutazione tra infusione 1 e 2 in modalità manuale o automatica.”.

Non è specificato che le due infusioni siano possibili simultaneamente; mentre sembra effettuabile solo "la commutazione" da una ad altra somministrazione, ma in via alternata.

Non risultando la possibilità di infusione simultanea e alternata, che il capitolato espressamente richiedeva, sussiste la difformità denunciata dall'appellante.

La difesa della ASL si limita a chiarire che il perforatore della pompa volumetrica risulta avere la "doppia via", liquidi e aria, come richiesto; nulla dice, invece, a proposito della possibilità di infusione sia alternata che simultanea, ed ancora, precisa che, a prescindere dai termini usati, la Commissione ha esaminato approfonditamente i prodotti offerti, tenendo conto delle caratteristiche di ognuno di essi, e senza limitarsi a meri aspetti terminologici ovvero a semplicistiche e riduttive definizioni, ha ritenuto che i prodotti rispondessero alle "esigenze dell'Azienda". Invoca, quindi, la discrezionalità tecnica della Commissione.

Tale argomentazione non è però condivisibile.

Non vi è dubbio che la lettura sistematica del capitolato tecnico e del capitolato speciale comporta l'esclusione del concorrente che non offre un prodotto conforme alle specifiche tecniche indicate quali essenziali, senza che residui in capo alla Commissione alcuna discrezionalità di discostarsi dalle prescrizioni della lex di gara.

L'operato della Commissione che, nel pronunciare la rispondenza del prodotto "comunque all'interesse dell'azienda", disattende la natura vincolante del disciplinare tecnico, non è legittimo.

La Commissione, difatti, è tenuta ad applicare rigorosamente le regole di gara, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti.

3 - Fondato è anche il terzo motivo con cui si lamenta la mancata verbalizzazione dei giudizi in sede di attribuzione dei punteggi, in violazione dell'art. 6 del capitolato speciale che espressamente prescriveva alla commissione di redigere "apposita relazione contenente i giudizi qualitativi espressi ed i rispettivi punteggi tecnici proposti".

Dal verbale del 7.11.2012 risulta che è stato attribuito un punteggio numerico per ciascuna caratteristica dei prodotti offerti, ma manca la motivazione espressa delle ragioni che hanno determinato l'attribuzione.

Anche sotto tale profilo la sentenza impugnata, che ha ritenuto sufficiente la mera attribuzione di punteggio senza ulteriore motivazione, in presenza di "criteri sufficientemente puntuali fissati dalla lex specialis ai sensi dell'art. 83 D.Lgs 163/2006", appare erronea.

La previsione surriportata del capitolato speciale non era equivoca; né può disapplicarsi, essendo finalizzata a rendere trasparente le valutazioni della Commissione in presenza di alcuni criteri, fissati nella lex specialis, che, per la loro genericità, si prestavano ad interpretazioni discrezionali, come ad es. il criterio "ulteriori caratteristiche migliorative" per cui erano assegnabili 8 punti, che la Commissione ha ritenuto di assegnare all'offerta Braun, a fronte di zero punti per la stessa voce ad Hospira, senza alcuna esplicitazione delle ragioni che hanno condotto a tale decisione e, perciò, con impossibilità di ricostruire l'iter logico seguito.

4. - In conclusione, l'appello va accolto.

5. - Le spese di giudizio si compensano tra le parti, considerata la particolarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2014

IL SEGRETARIO

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