

**RICHIESTA DI PRODOTTI DI ULTIMA
GENERAZIONE NEGLI APPALTI DI
FORNITURA: NON EQUIVALE AD OBBLIGO
DI OFFRIRE IN GARA IL PRODOTTO PIU'
RECENTE PRESENTE NEL CATALOGO
TAR Campania, Salerno, sez. I, 10.6.2024 n.
1259**

N.B: Al testo della sentenza segue anche lo specifico precedente citato dal TAR.

Publicato il 10/06/2024

N. 01259/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01020/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1020 del 2023, integrato da motivi aggiunti,
proposto da Scognamiglio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in

relazione alla procedura CIG N.D., rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Angelone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Caliulo in Salerno, via Matteo Incagliati, 2;

contro

Aorn San Giuseppe Moscati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lydia D'Amore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; So.Re.Sa S.p.A., non costituita in giudizio;

nei confronti

B. Braun Milano S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Maria Mancini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazza Stuparich n. 8;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo, per l'annullamento, previa sospensione:

a) della Nota del RUP della procedura di gara aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento della fornitura tramite formula Service, per la durata di cinque anni, eventualmente rinnovabile per un ulteriore anno di Sistemi Infusionali da destinare a varie UU.OO. dell'A.O.S.G. Moscati, contenente la comunicazione di avvenuta aggiudicazione ex art. 76 D.Lgs. 50/2016 pervenuta a mezzo pec in data 08.05.2023; b) della delibera del Direttore Generale dell'A.O.S.DF. Moscati di Avellino n. 473 del 06.05.023, che ha disposto l'aggiudicazione della fornitura sub. A alla B. Braun Milano S.p.A.; c) dei verbali del Sedgiog di Gara; d) dei verbali della Commissione Giudicatrice; e) del verbale del Tavolo Tecnico convocato in data 21.03.2023 dall'UOC "Acquisizioni Beni e Servizi"; f) del parere dell'UOC Affari Legali del 12.04.2023; g) del Riscontro della Commissione Giudicatrice del 20.04.2023; h) dei criteri di valutazione delle offerte;

i) dell'eventuale contratto, qualora stipulato; l) di ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale, comunque lesivo del diritto della Società ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Scognamiglio S.r.l. il 12/4/2024, per l'annullamento: a) della Nota del RUP della procedura di gara aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento della fornitura tramite formula Service, per la durata di cinque anni, eventualmente rinnovabile per un ulteriore anno di Sistemi Infusionali da destinare a varie UU.OO dell'A.O S.G. Moscati, contenente la comunicazione di avvenuta aggiudicazione ex art. 76 D.Lgs. 50/2016 pervenuta a mezzo pec in data 07.05.2023; b) della delibera del Direttore Generale dell'A.O.S.DF. Moscati di Avellino n. 473 del 06.05.2023, che ha disposto l'aggiudicazione della fornitura sub. A alla B. Braun Milano S.p.A.; c) dei verbali del Seggio di Gara; d) dei verbali della Commissione Giudicatrice; e) del verbale del Tavolo Tecnico convocato in data 21.03.2023 dall'UOC "Acquisizioni Beni e Servizi"; f) del parere dell'UOC Affari Legali del 12.04.2023; g) del Riscontro della Commissione Giudicatrice del 20.04.2023; h) dei criteri di valutazione delle offerte; i) dell'eventuale contratto, qualora stipulato; l) di ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale, comunque lesivo del diritto della Società ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Aorn San Giuseppe Moscati e di B. Braun Milano S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2024 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori Angelone Enrico, D'amore Lydia, Mancini Michele Maria;

1. Con ricorso introduttivo regolarmente notificato e depositato Scognamiglio S.r.L., premettendo di essere seconda graduata con punti 85,37 alle spalle della prima graduata B. Braun Milano S.p.A. con punti 90,35, ha impugnato l'aggiudicazione in favore di B. Braun Milano S.p.A. disposta all'esito della procedura di gara aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 per l'affidamento della fornitura tramite formula Service, per la durata di cinque anni, eventualmente rinnovabile per un ulteriore anno di sistemi infusionali da destinare a varie UU.OO. dell'A.O.R.N. S.G. Moscati.

Si è costituita l'AORN San Giuseppe Moscati per resistere al ricorso.

Si è costituita altresì l'aggiudicataria controinteressata B. Braun Milano S.p.A., deducendo l'infondatezza delle censure.

Non si è costituita SO.RE.SA S.p.A.

Con ordinanza n. 295 del 21.7.2023 il Collegio ha respinto la domanda cautelare ritenendo insussistente il *periculum in mora*, e ha nominato il verificatore al fine di accertare «*se, in relazione al secondo, terzo, quarto, quinto e sesto motivo di ricorso, le apparecchiature e i macchinari ivi indicati siano tecnicamente inutilizzabili, non compatibili, e non riconducibili a tecnologie "di ultima generazione"*».

Con ordinanza n. 508 del 23.2.2024 il Collegio ha chiesto una integrazione istruttoria, ad oggetto documenti non prodotti in giudizio.

All'esito dell'adempimento dell'ordinanza istruttoria, alla luce dei nuovi documenti, Scognamiglio S.r.L. ha proposto motivi aggiunti.

Depositata la relazione del verificatore, dopo lo scambio di memorie, all'esito dell'udienza pubblica di discussione del giorno 5 giugno 2024 il Collegio ha deliberato la decisione.

2. Con il primo motivo del ricorso introduttivo parte ricorrente ha lamentato che il verbale della seduta conclusiva della commissione del 20.4.2023 non sia stato

sottoscritto da tutti i componenti, essendo stato sottoscritto da quattro dei cinque componenti.

Il Collegio ritiene che la censura sia infondata. Il verbale in esame è firmato dal Presidente della Commissione e da tre componenti, ma non anche dal quinto. Il profilo della mancanza della firma del quinto componente tuttavia assume un rilievo solo formale, per una pluralità di ragioni, ciascuna sufficiente a convincere della infondatezza della censura: il verbale in esame è meramente confermativo di scelte e valutazioni già operate; premesso che il verbale è firmato da quattro componenti su cinque, la mancata firma del quinto non è dipesa da opinioni dissenzienti del quinto componente, che non sono emerse né prima né dopo; tale verbale della Commissione è poi recepito e assorbito dalla determinazione dell'amministrazione, che ha aggiudicato a B. Braun Milano S.p.A..

Il Collegio ritiene inoltre che la mancata acquisizione del parere del Servizio Ingegneria Clinica, organo sottoscrittore del Capitolato, non possa costituire in sé un motivo di illegittimità, risultando anzi che la Commissione abbia svolto un'adeguata istruttoria.

Il primo motivo del ricorso introduttivo è pertanto infondato.

3. Con il secondo, terzo, quarto, quinto e sesto motivo del ricorso introduttivo Scognamiglio S.r.L. ha lamentato che le apparecchiature e i macchinari ivi indicati siano tecnicamente inutilizzabili, non compatibili, e non riconducibili a tecnologie di ultima generazione. Tali censure sono ribadite nei motivi aggiunti, alla luce della nuova documentazione acquisita nel corso del giudizio.

Con ordinanza n. 295 del 21.7.2023 il Collegio ha nominato il verificatore al fine di accertare *«se, in relazione al secondo, terzo, quarto, quinto e sesto motivo di ricorso, le apparecchiature e i macchinari ivi indicati siano tecnicamente inutilizzabili, non compatibili, e non riconducibili a tecnologie “di ultima generazione”»*.

3.1. Con riguardo ai motivi secondo, terzo, quinto e sesto del ricorso introduttivo, così come integrati dai motivi aggiunti, le censure sono infondate. In primo luogo, *«Nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, la richiesta, da parte della stazione appaltante, di fornire un prodotto di ultima generazione, non può essere interpretata in maniera tale da comportare l'obbligo di offrire il modello più recente disponibile all'interno del catalogo dell'impresa produttrice, ciò in quanto una simile interpretazione comprimerebbe la libertà di scelta dell'impresa nel formulare l'offerta complessivamente più conveniente»* (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2019, n. 2536). In secondo luogo il verificatore, sulla base di una motivata analisi, ha concluso affermando che le apparecchiature e i macchinari offerti dalla B. Braun Milano S.p.A., oggetto di tali motivi di impugnazione, sono tecnicamente utilizzabili, compatibili con le apparecchiature con cui devono interfacciarsi per un corretto utilizzo, e riconducibili a tecnologie di ultima generazione.

3.2. Con il quarto motivo del ricorso introduttivo, integrato dai motivi aggiunti, Scognamiglio S.r.L. ha lamentato l'inutilizzabilità dei “*kit monitoraggio glicemia - SGC-kit completo - 116768/r - assemblato*” offerti dalla B. Braun Milano S.p.A., per cui erroneamente l'amministrazione avrebbe attribuito sei punti per tale profilo, conseguendone che, detratti a B. Braun Milano S.p.A. tali sei punti in quanto non dovuti, Scognamiglio S.r.L. risulterebbe prima in graduatoria. Sotto tale ultimo profilo, nel ricorso Scognamiglio S.r.L. ha specificato che *«In base a questa riparametrizzazione dei punteggi, conseguente all'impossibilità di valutare materiali inutilizzabili, la Società ricorrente ha titolo ad ottenere l'aggiudicazione»*.

Sul punto, è indispensabile che nel kit siano incluse le pompe della serie “Space”, in quanto indispensabili al funzionamento del kit. Sarebbe stato onere di B. Braun Milano S.p.A., anche per il principio di vicinanza della prova, dimostrare l'esistenza di tali pompe; tale prova non è stata però fornita dalla controinteressata. Infatti il verificatore, a seguito di un'accurata analisi, a cui si rinvia, ha concluso affermando che *«il dubbio sollevato dalla ricorrente appare fondato»*, e che, a conferma del mancato

assolvimento dell'onere probatorio a carico di B. Braun Milano S.p.A., *«l'analisi dell'intera documentazione presentata non consenta di stabilire se le apparecchiature e i macchinari offerti dalla B. Braun Milano S.p.A. per il punto relativo a “supporto decisionale per il controllo della glicemia” siano tecnicamente utilizzabili perché non è desumibile in maniera inequivocabile l'esatta composizione del Kit offerto e se questo contenga oppure no le pompe della serie Space indispensabili al funzionamento».*

La censura della ricorrente è pertanto accolta, per cui non possono essere attribuiti a B. Braun Milano S.p.A. i sei punti riconosciuti dall'amministrazione per il punto dell'offerta oggetto della doglianza in esame. Premesso quindi che in base alla graduatoria Scognamiglio S.r.L. era seconda con punti 85,37 alle spalle della prima graduata B. Braun Milano S.p.A. con punti 90,35, con meno di 6 punti di differenza quindi, all'esito dell'accoglimento della censura in esame, e detratti a B. Braun Milano S.p.A. sei punti, Scognamiglio S.r.L. diventa prima graduata, conseguendo il diritto all'aggiudicazione.

4. Dunque il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono accolti, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di B. Braun Milano S.p.A. e degli altri atti impugnati. Ne consegue il diritto all'aggiudicazione in capo a Scognamiglio S.r.L.

Scognamiglio S.r.L. nel ricorso ha chiesto anche *«l'annullamento (...) dell'eventuale contratto, qualora stipulato».* Non è proposta invece la domanda di subentro nel contratto. Sul punto, *«L'art. 122 c.p.a. configura la dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'esercizio di un potere officioso riconosciuto al giudice che pronunci l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva; in questo caso, infatti, il giudice è chiamato anche a valutare, sulla base dei parametri specificati nella norma, se privare o meno di effetti il contratto stipulato; soltanto ai fini dell'eventuale subentro nel rapporto, è richiesta una specifica domanda di parte, come si ricava, oltre che dall'articolo in parola, anche dal successivo art. 124 c.p.a.»* (Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2017, n. 2445). Orbene, annullata l'aggiudicazione definitiva

disposta in capo a B. Braun Milano S.p.A., e tenuto conto del motivo di accoglimento riconducibile all'impossibilità di funzionamento di una parte delle attrezzature oggetto della fornitura, cioè di un dispositivo sanitario necessario per assicurare il diritto alla salute, tenuto conto inoltre dell'interesse delle parti, della natura di contratto di durata che ha tuttavia fino ad ora non ha ancora avuto un principio di esecuzione (come dichiarato dalle parti nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2024), e tenuto conto del fatto che Scognamiglio S.r.L. non ha formulato domanda di subentro nel contratto, il Collegio ritiene che il contratto sia totalmente inefficace *ab origine*.

5. Nel rapporto processuale tra le parti costituite le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo in favore di Scognamiglio S.r.L.

Nel rapporto processuale tra Scognamiglio S.r.L. e la parte non costituita SO.RE.SA S.p.A. sussistono giusti motivi per disporre la non ripetibilità delle spese di lite.

6. Il compenso in favore del verificatore Prof. Ing. Roberto Pantani, tenuto conto della quantità e qualità dell'opera prestata, può essere liquidato nella somma di euro 5.000,00 (spese già incluse), da cui va detratto l'acconto di euro 1.000,00 che il verificatore ha già ricevuto, il tutto oltre accessori di legge. Tale compenso è posto in via definitiva a carico dell'amministrazione resistente e di B. Braun Milano S.p.A. nella misura di metà per ciascuno.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così dispone:

- 1) accoglie il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di B. Braun Milano S.p.A., e con diritto all'aggiudicazione in capo a Scognamiglio S.r.L.;
- 2) dichiara l'inefficacia *ex tunc* del contratto stipulato con B. Braun Milano S.p.A.;

3) condanna l'AORN San Giuseppe Moscati e B. Braun Milano S.p.A. al pagamento delle spese di lite in favore di Scognamiglio S.r.L., liquidandole, a carico di ciascuna, nella somma di euro 2.000,00, oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge, oltre rimborso del contributo unificato;

4) non ripetibili le spese nei confronti di SO.RE.SA S.p.A.;

5) pone definitivamente a carico dell'AORN San Giuseppe Moscati e de B. Braun Milano S.p.A., nella misura di metà per ciascuno, il compenso del verificatore Prof. Ing. Roberto Pantani come liquidato in motivazione.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore

Raffaele Esposito, Referendario

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 18/04/2019

N. 02536/2019REG.PROV.COLL.

N. 09972/2018 REG.RIC.



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 9972 del 2018, proposto da Zimmer Biomet S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Mangia, Stefano Quadrio, Gabriele Pafundi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare 14;

contro

ESTAR Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Legale Lessona in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti

Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Calesella, Francesco Paolo Francica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso

lo studio Francesco Paolo Francica in Milano, via Principe Amedeo 3; Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Maleddu in Roma, via del Tempio 1;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 1135/2018, resa tra le parti, concernente l'impugnativa

- della determina n.584 del 26.4.2018 del Direttore dell'area divisione farmaci del 26 aprile 2018, comunicata in data 27 aprile 2018, con la quale Estar ha provveduto alla aggiudicazione della procedura aperta per la “fornitura di protesi ortopediche (ginocchio, spalla, gomito, polso, mano) in conto deposito, occorrenti alle Aziende Sanitarie ed Ospedaliero - Universitarie della Regione Toscana”, con riferimento al lotto n. 6 del gruppo B

- dei verbali della Commissione giudicatrice relativi alla valutazione delle offerte tecniche, nella parte in cui vengono assegnati i punteggi tecnici e valutate ammissibili le offerte tecniche delle società contro interessate.

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresi il bando, il disciplinare di gara e il capitolato tecnico e i loro allegati, nonché tutti i verbali della procedura.

nonchè per la condanna

di ESTAR, previa dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato tra la medesima e la società affidataria, alla risarcimento in forma specifica, o in via subordinata per equivalente

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAR Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Smith & Nephew S.r.l. e di Johnson & Johnson Medical S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Pafundi, Alessandra Pradella su delega di Domenico Iaria e Mario Zoppellari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione del Direttore generale del 9.11.2015 e successivo bando di gara, ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, ha indetto una procedura aperta per la fornitura di “Protesi ortopediche ginocchio, spalla, gomito, polso, mano”, da destinare alle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere - Universitarie della Regione Toscana.

La procedura è stata suddivisa in 53 lotti a loro volta articolati in gruppi: tra questi, per quanto di interesse, il “Gruppo B protesi ginocchio”, ripartito in 16 lotti.

Il criterio di aggiudicazione prescelto dell’offerta economicamente più vantaggiosa prevedeva l’attribuzione di un massimo di 60 punti per l’elemento qualitativo e di 40 punti per l’elemento prezzo.

La gara è stata aggiudicata con la determinazione n. 584 del 26 aprile 2018 per il lotto B6, avente ad oggetto la fornitura di “protesi di ginocchio bicompartimentali con sistema di protesi di ginocchio a disegno modificato del condilo posteriore finalizzato a un arco di movimento in iperflessione maggiore di 120° destinato a soggetti ad alte richieste funzionali”, alla società Johnson & Johnson Medical s.p.a.. La società Zimmer Biomet s.r.l., terza classificata per il lotto B6, ha impugnato l’aggiudicazione alla Johnson & Johnson per tale lotto.

In particolare, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, la società Zimmer Biomet ha proposto ricorso contestando genericamente gli atti di gara e, successivamente, con i motivi aggiunti, a seguito dell'accesso agli atti, ha censurato l'operato della Commissione giudicatrice, per non essersi avveduta delle difformità dell'offerta tecnica delle controinteressate Johnson & Johnson e Smith & Nephew s.r.l. (seconda classificata) rispetto alle prescrizioni imposte dalla *lex specialis* a pena di esclusione. La denunciata violazione del disciplinare di gara deriverebbe dal fatto che le protesi proposte dalle controinteressate Johnson & Johnson e Smith & Nephew non sarebbero di "ultima generazione", come richiesto dal disciplinare di gara, e con riferimento alla Smith & Nephew, anche in quanto il prodotto offerto non sarebbe dotato di un "disegno modificato del condilo posteriore".

Il Tribunale amministrativo regionale della Toscana ha superato l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti formulata dalla difesa della ESTAR, in relazione alla infondatezza del gravame respinto con la sentenza n. 1135 del 2018, qui appellata.

Con riguardo alla prima censura, i giudici di primo grado hanno sostenuto che:

- il concetto di "ultima generazione" contenuto nel disciplinare di gara, non essendo altrimenti specificato attraverso l'indicazione di particolari requisiti tecnici che le strumentazioni offerte dovrebbero possedere, non consente di scriminare l'elemento qualitativo dei dispositivi in gara;
- la nozione in parola non può neppure essere intesa facendo esclusivo riferimento ad un criterio temporale, ossia al momento in cui un prodotto viene immesso sul mercato, dovendo piuttosto aversi riguardo alla sopravvenienza di soluzioni tecniche innovative che rendano superate ed obsolete quelle precedenti.

La censura proposta avverso la seconda classificata, relativa al "disegno modificato del condilo posteriore" è stata ritenuta inammissibile per carenza di interesse.

A fondamento dell'appello, la Zimmer Biomet lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado e l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto i due distinti profili già sollevati nel giudizio di primo grado.

ESTAR si è costituita in giudizio riproponendo, in via preliminare, le eccezioni relative alla inammissibilità per genericità dei ricorso di primo grado e alla tardività dei motivi aggiunti proposti in primo grado, in quanto contenenti solo questi ultimi le censure relative ai prodotti offerti dalle società controinteressate.

Si sono costituite in giudizio le controinteressate Johnson & Johnson e Smith & Nephew; anche la difesa della Johnson & Johnson ha eccepito la tardività dei motivi aggiunti; la difesa della Smith & Nephew ha eccepito la inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi. Hanno tutte contestato, altresì, la fondatezza dell'appello. La difesa della controinteressata ha altresì depositato il contratto stipulato con la stazione appaltante.

All'udienza pubblica del 14 marzo 2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dalla controinteressata Smith & Nephew con riguardo al fatto che l'appellante si sarebbe limitata a riproporre le medesime contestazioni formulate in primo grado, senza dare evidenza delle criticità insite nella pronuncia impugnata e senza offrire una adeguata alternativa argomentativa alle tesi condivise dal primo giudice.

L'eccezione è infondata.

La giurisprudenza costante di questo Consiglio ritiene che se, ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.a., il ricorso in appello deve contenere a pena di inammissibilità "le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata", non siano, peraltro, necessarie formule sacramentali; è, quindi, sufficiente che il ricorso stesso contenga, in modo più o meno esplicito, le argomentazioni contrarie a quelle espresse nella sentenza appellata. In particolare, la impugnazione è ammissibile quando il giudice

dell'appello sia posto nelle condizioni di comprendere con chiarezza i principi, le norme e le ragioni per cui il primo giudice avrebbe dovuto decidere diversamente (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 28 giugno 2018, n. 3980; sez. VI, 5 aprile 2018, n. 2121; III, 12 luglio 2017 n. 3427).

Nel caso di specie, come già affermato dalla Sezione su analogo appello relativo alla medesima gara in questione, l'atto di gravame contiene un adeguato apparato critico indirizzato nei confronti del ragionamento sviluppato a supporto delle conclusioni accolte in primo grado: entrambe le censure, in particolare, si fondano su una lettura delle legge di gara di segno alternativo a quella avallata dal Tribunale, in quanto intese a conferire specifica e diversa rilevanza o forza precettiva ai requisiti tecnici controversi. Dunque, la trama argomentativa della pronuncia appellata risulta contrastata da uno sforzo controdeduttivo coerente con il precetto della necessaria specificità e puntualità dei motivi di impugnazione (art. 101 c.p.a.) e, comunque, tale da prefigurare un esito alternativo a quello scolpito nel decisum appellato (Consiglio di Stato, Sez III, 5 marzo 2019, n.1536).

Ne deriva l'infondatezza delle eccezione e l'ammissibilità del ricorso in appello.

Deve essere, dunque, esaminata l'eccezione riproposta in appello dalla ESTAR relativa alla inammissibilità del ricorso introduttivo e alla irricevibilità dei motivi aggiunti per tardività.

In effetti il ricorso introduttivo, notificato nel termine di trenta giorni dalla comunicazione di aggiudicazione della gara del 27 aprile 2018, non conteneva alcuna specifica censura, mentre queste sono state formulate solo con i motivi aggiunti inviati alla notifica il 22 giugno 2018, a seguito dell'accesso agli atti.

Ritiene il Collegio che le censure proposte dalla Zimmer Biomet relative al tipo di prodotto offerto dalle altre concorrenti e alle sue caratteristiche tecniche presupponessero la conoscenza non solo del modello offerto ma anche della scheda tecnica e delle relative caratteristiche; pertanto devono ritenersi tempestivi i motivi

di ricorso formulati in primo grado con l'atto di motivi aggiunti solo successivamente all'accesso agli atti di gara, peraltro tempestivamente richiesto dalla Zimmer Biomet con nota del 3 maggio 2018.

Deve, infatti, essere fatta applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale, per cui dalla comunicazione del provvedimento di esclusione ovvero del provvedimento di aggiudicazione decorre il termine per l'impugnazione del provvedimento e la contestazione dei vizi dallo stesso desumibili, mentre, per ciò che riguarda i vizi desumibili dagli atti endoprocedimentali già adottati al tempo della comunicazione del provvedimento di esclusione o di aggiudicazione, il termine decorre dalla data in cui il ricorrente sia venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 5 febbraio 2018, n.726; V, 6 maggio 2015, n. 2274).

L'appello è, peraltro, infondato.

Con riferimento al primo motivo, relativamente alla difformità del prodotto offerto in gara dalla Johnson & Johnson, rispetto alla previsione del disciplinare di gara, per cui le imprese partecipanti dovevano “offrire, per ogni lotto, il dispositivo medico di ultima generazione”, l'appellante deduce che la società Johnson & Johnson ha offerto per il lotto B6 il sistema *Sigma* che risulta essere stato introdotto sul mercato italiano nel 1998, mentre dal 2013 è stato immesso in commercio dalla stessa società un nuovo sistema *Attune knee*, che avrebbe la medesima funzione di *Sigma*, ma ne rappresenterebbe la evoluzione tecnologica, pertanto non avrebbe offerto il dispositivo di ultima generazione, essendo stato il *Sigma* superato dall' *Attune knee system*.

Deve essere integralmente richiamato quanto già affermato dalla Sezione nella sentenza n. 1536 del 5 marzo 2019 n.1536, sulla medesima disposizione del disciplinare, relativamente al lotto B5 della stessa gara.

La Sezione, con argomentazioni integralmente condivise dal Collegio, ha, infatti, ritenuto che non essendo prevista nella *lex* di gara una specifica indicazione su cosa dovesse intendersi per dispositivo medico di ultima generazione, in assenza di riferimenti predefiniti, non si possa ancorare la presenza o meno di tale caratteristica alla data di immissione in commercio del dispositivo. “Vero è, infatti, che il momento del lancio distributivo di un dispositivo medico non ne determina automaticamente e necessariamente il grado di superiorità tecnologica, né, tantomeno, il livello di avanzamento in termini di performance. Una lettura del parametro in questione ancorata alla maggiore o minore risalenza della immissione del prodotto nel mercato risulterebbe, oltre che ingiustificata sul piano dei principi, anche irragionevole nelle sue applicazioni pratiche, in quanto di fatto verrebbe a comprimere la libertà del concorrente di formulare l’offerta ritenuta più conveniente, avuto riguardo alle prescrizioni tecniche della legge di gara, imponendogli di concorrere con il prodotto di più recente introduzione, indipendentemente dal grado di maggiore o minore rispondenza alle specifiche tecniche previste dalla singola procedura. Risulta preferibile ritenere, pertanto, che la disposizione del capitolato in esame possa essere intesa nel senso di prevedere l’obbligo per l’impresa partecipante di fornire, del modello offerto, la più aggiornata versione in commercio, purché conforme alle esigenze del servizio messo a gara. Il *focus* della valutazione di adeguatezza si sposta, quindi, sulla considerazione degli specifici requisiti tecnici ai quali, ai sensi del capitolato di gara, le strumentazioni offerte dovevano conformarsi”.

Nella fattispecie qui considerata, risulta indimostrato che il dispositivo offerto da Johnson & Johnson non fosse quello con le caratteristiche più aderenti al disciplinare di gara.

Sul punto, la parte appellante si è, infatti, limitata a dedurre che il sistema Sigma risulta essere stato introdotto sul mercato italiano nel 1998, mentre dal 2013 è stato

impresso in commercio il sistema *Attune knee*, che avrebbe la medesima funzione di Sigma, ma ne rappresenterebbe la evoluzione tecnologica, senza, peraltro alcuna specifica deduzione sulla differenza delle caratteristiche tecniche del sistema *Sigma* rispetto alle caratteristiche tecniche richieste dalla *lex* di gara, anzi deducendo espressamente nell'atto di appello che la Johnson & Johnson non sarebbe stata "in grado di dimostrare che il sistema *Attune* non fosse idoneo ad essere offerto né tantomeno che non fosse, di fatto, l'evoluzione tecnologica del sistema Sigma", circostanze irrilevanti rispetto alla *lex* di gara e alle caratteristiche tecniche dalla stessa indicata.

La giurisprudenza della Sezione, richiamata nella citata sentenza n. 1536 del 2019 e anche dal giudice di primo grado nella sentenza impugnata, ha più volte affermato che la previsione contenuta nella *lex* di gara relativa ad un prodotto "di ultima generazione" ha di per sé un contenuto astratto e generico e può trovare una specificazione solo attraverso l'indicazione di specifici requisiti tecnici che, secondo la stazione appaltante, le strumentazioni offerte devono avere.

Tali requisiti possono essere resi concreti attraverso il riferimento ad una determinata tecnologia ed essere resi più espliciti attraverso l'indicazione dell'anno a partire dal quale tale tecnologia è stata applicata, ovvero facendo riferimento a particolari requisiti che la tecnica, in continua evoluzione, ha reso possibile nel settore di riferimento; fermo restando che le Commissioni giudicatrici hanno il compito di valutare in concreto le qualità tecniche (anche innovative) delle diverse strumentazioni offerte e di assegnare un punteggio, più o meno elevato, per i singoli parametri tecnici richiesti. In assenza di tali specifiche indicazioni non risulta, dunque, possibile stabilire, con sufficiente grado di certezza, quali strumentazioni siano da ritenersi (o meno) di ultima generazione. Ben può accadere, infatti, che un'azienda produca nel tempo diverse strumentazioni destinate anche a diversi segmenti di mercato, con caratteristiche tecniche che si differenziano, in tutto o in

parte, dalle caratteristiche tecniche di altre strumentazioni della stessa azienda o dai prodotti da altre aziende. In tale quadro solo attraverso le caratteristiche tecniche richieste dal capitolato di gara possono essere individuate le strumentazioni che l'Amministrazione ritiene di voler acquisire con la conseguente possibile esclusione delle strumentazioni che tali essenziali caratteristiche (anche innovative) non abbiano. Il generico riferimento in un capitolato di gara al prodotto di ultima generazione, in assenza di ulteriori specifiche indicazioni tecniche, potrebbe essere, peraltro, impropriamente utilizzato a vantaggio di una azienda che ha immesso sul mercato un nuovo prodotto senza consentire una effettiva comparazione fra la qualità tecnica di tale nuovo prodotto con la strumentazione di altra azienda che ha un prodotto meno recente ma ancora di elevata qualità (o in teoria di qualità ancora superiore). Non può poi essere escluso da una gara un prodotto solo perché la stessa azienda ha immesso sul mercato un nuovo prodotto perché così si introduce un ingiustificato parametro di valutazione fra prodotti della stessa azienda che potrebbe vedersi danneggiata nei confronti di altra azienda che non avendo immesso sul mercato nuovi prodotti potrebbe invece partecipare alla gara con strumenti teoricamente più obsoleti, solo perché sono i più recenti di quella azienda (Consiglio di Stato, Sez. III, 16 luglio 2015, n. 3574).

La Sezione ha anche già affermato che la richiesta della stazione appaltante di fornire un prodotto di ultima generazione, non può essere interpretata come comportante l'obbligo di offrire il modello più recente disponibile all'interno del catalogo dell'impresa produttrice - secondo la censura formulata dall'odierna appellante - perché tale interpretazione, oltre ad introdurre un elemento di incertezza nella determinazione della prestazione offerta, comprimerebbe la libertà di scelta dell'impresa nel formulare l'offerta complessivamente più conveniente con riferimento al quadro dei requisiti tecnici richiesti ed al prezzo base di gara. Mentre la disposizione può essere intesa nel senso di prevedere l'obbligo per l'impresa

partecipante di fornire, del modello offerto, l'ultima e più aggiornata versione in commercio (Consiglio di Stato, Sez. III, 6 maggio 2013, n. 2449; 16 luglio 2015, n. 3574).

Ne deriva che, a meno che il prodotto offerto non rispecchi un livello tecnologico non più corrispondente all'attuale stadio di evoluzione tecnico-scientifica (circostanza che comunque sarebbe rilevata in sede di valutazione delle caratteristiche qualitative dell'offerta), appartiene alle scelte competitive del concorrente di offrire un prodotto meno recentemente immesso, rispetto ad altro, sul mercato (quindi ragionevolmente meno sofisticato, da un punto di vista tecnologico), esponendosi ad una valutazione qualitativa meno "premiante", ma eventualmente facendo affidamento su una più favorevole valutazione dell'offerta economica.

A sostegno della genericità, nel caso di specie, della prescrizione del disciplinare di gara che si riferiva alla offerta di un dispositivo "di ultima generazione", si deve, altresì, rilevare che tale prescrizione è contenuta nella parte del disciplinare dedicata alla offerta economica. Già tale circostanza è indicativa del fatto che, mediante la sua introduzione nella disciplina di gara, la stazione appaltante non ha inteso fissare una specifica caratteristica tecnica o un insieme di caratteristiche tecniche che i prodotti offerti avrebbero dovuto possedere a pena di esclusione, ciò che avrebbe coerentemente richiesto che la suddetta prescrizione fosse contenuta nella parte del disciplinare di gara dedicata, appunto, all'offerta tecnica; si deve, dunque, ritenere che, mediante la suddetta generica previsione, la stazione appaltante abbia inteso semplicemente esprimere la volontà che non venissero dedotti in offerta prodotti completamente "fuori mercato", perché irrimediabilmente superati dalla innovazione tecnologica verificatasi successivamente alla loro introduzione; la sua collocazione nell'ambito della disciplina dell'offerta economica implica, per logico corollario, che il requisito minimo di ammissibilità della stessa era che essa avesse ad

oggetto un prodotto rispondente allo stato più evoluto della ricerca scientifica e tecnologica che ha interessato la tipologia protesica *de qua*, anche se non costituente l'ultimo, cronologicamente parlando, immesso sul mercato da uno specifico produttore.

Ciò è ulteriormente confermato, dalla previsione, nel disciplinare, invece, di specifici criteri di valutazione qualitativa, che erano suscettibili di comprendere anche l'eventuale aspetto evolutivo dei differenti prodotti (“caratteristiche progettuali - caratteristiche biomeccaniche, metodo costruttivo”, “versatilità del sistema e tecnica d'impianto”, “ampiezza della gamma e modularità”, “ergonomia e versatilità dello strumentario”).

Non può, dunque, sostenersi, come fa la parte appellante, che tale evoluzione non sarebbe stata apprezzabile in sede di valutazione qualitativa dell'offerta tecnica, sì che l'appartenenza del prodotto alla categoria di quelli di “ultima generazione” avrebbe rappresentato un requisito tecnico rilevante ai fini della stessa ammissibilità dell'offerta, onde evitare che prodotti tecnologicamente superati potessero avvantaggiarsi all'atto dell'attribuzione del punteggio tecnico - come sarebbe avvenuto nella specie secondo la ricostruzione dell'appellante- atteso che l'offerta tecnica dell'impresa aggiudicataria, avendo ad oggetto un prodotto più risalente rispetto ad altro prodotto dalla stessa impresa, avrebbe conseguito un più elevato punteggio per le “referenze di impiego”, oltre a godere di un indebito vantaggio concorrenziale sul piano economico.

Gli altri criteri di valutazione dell'offerta tecnica e i relativi punteggi (per molte voci di gran lunga superiori a quelli attribuibili per le “referenze di impiego”) previsti nel disciplinare riguardano aspetti delle caratteristiche tecniche idonee a valorizzare anche profili di evoluzione dei dispositivi (caratteristiche progettuali -caratteristiche biomeccaniche, metodo costruttivo”, “versatilità del sistema e tecnica d'impianto”, “ampiezza della gamma e modularità”, “ergonomia e versatilità dello strumentario”)

mentre, comunque, la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica (sindacabile nei limiti della illogicità ed irragionevolezza in relazione al tipo di dispositivo oggetto della gara), potrebbe preferire, tramite la indicazione dei criteri di qualità tecnica e dei relativi punteggi, anche un prodotto maggiormente sperimentato, al posto dell'ultimo modello immesso sul mercato.

Il motivo di appello proposto nei confronti dell'aggiudicazione alla Johnson & Johnson è quindi infondato e deve essere respinto con conferma della sentenza impugnata.

Ne deriva la carenza di interesse all'analogo motivo formulato nei confronti della offerta della Smith & Nephew, seconda classificata, nonchè alla ulteriore censura formulata nei confronti della seconda classificata, relativa alla mancanza del "disegno modificato del condilo posteriore", in quanto, dall'accoglimento di tale motivi, ove fossero fondati, la società appellante, terza in graduatoria, non avrebbe alcuna utilità, non potendo far venire meno l'aggiudicazione alla prima classificata Johnson & Johnson (cfr., in termini, Consiglio di Stato Sez III, 7 marzo 2019, n. 1577).

All'infondatezza dell'appello consegue il rigetto della domanda di risarcimento danni.

La parte appellante deve essere condannata alla spese del giudizio di appello a favore delle controparti, nella misura di € 2.000,00, oltre oneri di legge, a favore di ciascuna di esse.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante alle spese del giudizio di appello a favore delle controparti, nella misura di € 2.000,00, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Cecilia Altavista

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO