Pubblicato il 07/01/2020

N. 00013/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00194/2019 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 194 del 2019, proposto da:
Eu Kon s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenza Di Martino e Giampaolo Austa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandra Carozzo in Torino, corso Vinzaglio, n. 2;

contro

Società di Committenza Regione Piemonte S.C.R. s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Montanaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via del Carmine, n. 2;

nei confronti

Cardinal Health Italy 509 s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della nota protocollo n. U.0000806 del 31 gennaio 2019 con la quale la S.C.R. Piemonte s.p.a. ha comunicato l'esclusione della ricorrente dalla gara

regionale centralizzata per la fornitura di stent coronarici (gara 38/2017) - lotto 2 (c.i.g. 7037993F8A) - per aver "totalizzato il punteggio complessivo pari a 32,31 punti e pertanto, inferiore alle soglie minime di punteggio tecnico 36 punti previsto all'art. 20 del Disciplinare di gara";

- del bando di gara pubblicato nella G.U.R.I., V Serie Speciale - Contratti Pubblici, n. 50 del 3 maggio 2017;

- del disciplinare di gara, con particolare riferimento all'articolo 20, nella parte in cui prevede che "la Commissione giudicatrice non ammetterà alla fase di gara successiva i concorrenti la cui valutazione relativa agli elementi di natura qualitativa non abbia totalizzato almeno 36 punti";

- del capitolato speciale di gara e del documento denominato "Criteri di valutazione stent coronarici", con particolare riferimento all'attribuzione di 20 punti per il criterio "letteratura;

- di tutti i verbali di gara della commissione giudicatrice e, in particolare, di quello della seduta riservata del 10 dicembre 2018 e relativi allegati e di quello della seduta pubblica del 29 gennaio 2019 e relativi allegati, pubblicati il 31 gennaio 2019, aventi ad oggetto l'attribuzione dei punteggi tecnici e la valutazione delle offerte economiche per il lotto n. 2;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio della Società di Committenza Regione Piemonte S.C.R. s.p.a. coi relativi allegati;

Vista l'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, sezione terza, n. 2052, del 19 aprile 2019;

Visti i documenti, la memoria e la replica della società ricorrente;

Viste la memoria e la replica della S.C.R. Piemonte s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2019 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara trasmesso alla G.U.U.E. in data 14 aprile 2017 e pubblicato sulla G.U.R.I. in data 3 maggio 2017, la Società di Committenza Regione Piemonte S.C.R. s.p.a. (d'ora in avanti solo S.C.R.) ha indetto una procedura aperta per la stipula di un accordo quadro con più operatori economici per la fornitura di stent coronarici e vascolari e per la prestazione dei servizi connessi in favore delle aziende del servizio sanitario regionale, secondo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 24 mesi.

La fornitura è stata suddivisa in quindici lotti per singole tipologie di prodotti.

L'articolo 20 del disciplinare di gara prevede, per gli elementi di natura qualitativa, l'attribuzione di un punteggio massimo di 70 punti e di un punteggio minimo di 36 punti per l'ammissione alla fase successiva della gara.

Il paragrafo 4.1.1 del capitolato tecnico esige altresì, tra i requisiti tecnici dei prodotti, in aggiunta agli elementi essenziali, la presentazione di pubblicazioni scientifiche successive all'1 gennaio 2005, per esteso e in lingua inglese, <<su riviste recensite da Index Medicus e da Medline>> e costituite da studi multicentrici, <<randomizzati di confronto tra due o più tipi di stent>> o <<di registro su un unico tipo di stent>> ed effettuati su almeno 100 pazienti trattati con il dispositivo offerto.

Nell'allegato B al capitolato tecnico la S.C.R. ha indicato i criteri di valutazione della qualità degli stent coronarici, tra i quali ha previsto l'attribuzione del punteggio massimo di 20 punti per il criterio <<letteratura>> mediante il calcolo delle somme dei due migliori lavori in termini di *impact factor*.

In data 31 gennaio 2019 la S.C.R. ha comunicato alla Eukon s.r.l. l'esclusione dal lotto 2 della gara per la fornitura di stent coronarici di tipo <<DES con polimero riassorbibile>>, in quanto il punteggio tecnico attribuito alla sua offerta è risultato pari a 32,31 punti e dunque inferiore alla soglia di

sbarramento di 36 punti fissata per l'ammissione alla successiva fase della valutazione dell'offerta economica.

1.1. Con il presente ricorso, notificato l'1 marzo 2019 e depositato il 7 marzo 2019, la Eukon s.r.l. ha impugnato l'esclusione dalla gara e ne ha domandato l'annullamento con conseguente riammissione alla gara o, in alternativa, l'annullamento dell'intera procedura di gara, per i seguenti motivi:

- con il primo motivo ha censurato la previsione di una soglia di sbarramento per la fornitura di dispositivi medici che risultano già dotati del marchio CE e registrati nella banca dati dei dispositivi medici tenuta dal Ministero della Salute, nonché l'attribuzione di un punteggio eccessivo, pari a 20 punti, per il criterio della <<letteratura>>, siccome ostativo all'ingresso di nuovi operatori economici nel mercato;
- con il secondo motivo ha eccepito l'erronea valutazione dell'offerta tecnica in relazione agli altri criteri qualitativi del prodotto della <<navigabilità e capacità di superare le lesioni>>, della <<conformabilità al vaso>>, delle <<gamme dei diametri e delle lunghezze>> e della <<accessibilità al *side branch*>>, ovvero della estensibilità del dispositivo;
- con il terzo motivo ha denunciato la mancata verbalizzazione della prova d'uso prevista dal disciplinare di gara e lo svolgimento dell'attività di attribuzione dei punteggi in un tempo troppo limitato e su campioni datati.

1.2. Ha resistito al ricorso la S.C.R. ed ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del primo motivo di ricorso poiché la società ricorrente non avrebbe interesse a contrastare il criterio di valutazione relativo alla <<letteratura>>, avendo la stessa comunque presentato dei lavori scientifici valutati dalla commissione giudicatrice con il punteggio di appena 1,52 punti.

1.3. Con ordinanza n. 115 del 21 marzo 2019 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare della società ricorrente.

1.4. Con ordinanza n. 2052 del 19 aprile 2019 la terza sezione del Consiglio di Stato, in riforma della predetta ordinanza, ha accolto la domanda cautelare proposta dalla società ricorrente in primo grado.

1.5. Alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2019, previo deposito di memorie e di repliche delle parti, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

2. Il primo motivo di ricorso è solo in parte fondato.

2.1. La ricorrente ha censurato la strutturazione della gara sotto due distinti profili: in relazione all'inammissibilità della previsione di una soglia di sbarramento per la valutazione dell'offerta economica e per l'irragionevolezza della previsione di un punteggio elevato, pari a 20 punti su 70, per il criterio qualitativo della <<letteratura>>.

Occorre preliminarmente affrontare la censura di irricevibilità del primo motivo di ricorso, formulata dalla S.C.R. nella memoria depositata il 25 novembre 2019, in quanto la società ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente le predette clausole della *lex specialis*.

La censura è infondata.

La società ricorrente, alla quale non è stata preclusa in concreto la partecipazione alla gara, tanto che è stata esclusa in seguito alla valutazione dell'offerta tecnica, ha tempestivamente impugnato le clausole del bando non immediatamente escludenti unitamente al provvedimento di esclusione, secondo i principi espressi dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 29 gennaio 2003, n. 1, e 26 aprile 2018, n. 4.

2.2. Deve essere altresì rigettata la censura di inammissibilità del primo motivo di ricorso, formulata dalla S.C.R. sempre nella memoria depositata il 25 novembre 2019, in quanto la società ricorrente non avrebbe graduato le domande volte ad ottenere l'annullamento dell'intera gara o la sua riammissione alla gara, le quali si porrebbero in contraddizione tra di loro.

Anche tale censura è infondata.

Il ricorrente, come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 27 aprile 2015, n. 5, è infatti libero di non indicare al collegio la tassonomia delle questioni da trattare, con l'unica conseguenza che, in tal caso, il collegio non è vincolato dall'ordine di trattazione indicato nel ricorso ma deve

esaminare tutti i motivi di ricorso secondo criteri di logica procedimentale, di effettività della tutela e della realizzazione dell'interesse pubblico.

A tal proposito il collegio, in applicazione del criterio di logica procedimentale, ritiene di dover escutere con priorità il primo motivo di ricorso in quanto esso ha ad oggetto la fase iniziale del confezionamento della *lex specialis* di gara.

2.3. Ai sensi dell'articolo 95, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 la stazione appaltante, ove utilizzi il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può ricorrere allo strumento delle soglie di sbarramento per assicurarsi un livello delle offerte tecniche ed un confronto concorrenziale particolarmente elevato rispetto all'esigenza di innalzare lo standard qualitativo di determinati prodotti che, come quello in oggetto, incidono in maniera determinante sul diritto fondamentale della salute.

Il collegio ritiene dunque, come già affermato da questo Tribunale nell'ordinanza cautelare n. 115 del 21 marzo 2019, che non sia censurabile la scelta della S.C.R. di richiedere una soglia di sbarramento qualitativa di 36 punti su 70, per un valore pari al 51% della soglia qualitativa massima, in quanto essa si rivela adeguata al risultato di escludere dalla competizione economica quelle offerte tecniche che raggiungano appena il livello della sufficienza qualitativa (C.G.U.E., sezione I, 20 settembre 2018 in causa C-546/16; Consiglio di Stato, sezione V, 12 giugno 2017, n. 2852; sezione III, 9 gennaio 2017, n. 31).

Il collegio, come pure anticipato da questo Tribunale nell'ordinanza cautelare n. 115 del 21 marzo 2019, non condivide la tesi della società ricorrente per cui, negli appalti di fornitura di dispositivi medici che abbiano ottenuto l'apposizione del marchio di conformità euro-unitaria e che siano inclusi nella banca dati dei dispositivi medici tenuta dal Ministero della Salute, sarebbe precluso alle stazioni appaltanti di utilizzare lo strumento della soglia di sbarramento.

L'apposizione del marchio CE di conformità e la previsione della soglia di sbarramento sono istituti che operano su piani differenti e non interdipendenti: mentre infatti l'apposizione della marcatura CE dei dispositivi medici, imposta dal d.lgs. 24 febbraio 1997, n. 46, intitolato <<Attuazione della direttiva del Consiglio 93/42/CEE concernente i dispositivi medici>>, indica una presunzione di conformità del prodotto ai requisiti minimi di sicurezza ed è finalizzata alla sua immissione in commercio ed alla sua messa in servizio, la soglia di sbarramento indica il livello qualitativo, superiore alla sufficienza, che la stazione appaltante si aspetta di ritrarre in misura ottimale da un elevato confronto concorrenziale.

2.4. Occorre a questo punto affrontare, anche alla luce dei rilievi effettuati dal Consiglio di Stato con l'ordinanza cautelare del 19 aprile 2019, n. 2052, la questione dell'appropriatezza e della proporzione della previsione di un punteggio elevato, pari a 20 punti su 70, per il criterio qualitativo della <<letteratura>> e della particolare importanza che la stazione appaltante ha inteso attribuire alla bibliografia scientifica dotata di *impact factor* ai fini del giudizio di affidabilità del prodotto.

Il giudizio prognostico di appropriatezza e di proporzionalità deve essere effettuato *ex ante*, a prescindere dal numero dei concorrenti che effettivamente sono stati ammessi alla successiva fase della valutazione dell'offerta economica.

Esso deve essere condotto con riferimento all'oggetto dell'appalto ed agli obiettivi che la stazione appaltante intende perseguire che sono, come accennato nel paragrafo precedente, l'esigenza di assicurarsi una fornitura di elevata qualità di dispositivi medici salvavita ed invasivi come gli stant coronarici.

Il collegio ritiene che il punteggio massimo di 20 punti per il criterio qualitativo della letteratura scientifica, da attribuirsi, così come previsto nell'allegato B al capitolato tecnico, mediante il calcolo delle somme dei due migliori lavori in termini di *impact factor,* risulta sproporzionato rispetto

all'esigenza di assicurare la fornitura di dispositivi medici di elevata qualità e di aprire il settore al confronto competitivo del maggior numero di operatori economici.

L'*impact factor* è un indice sintetico elaborato dalla c.d. scientometria, disciplina scientifica finalizzata all'elaborazione degli indici di valutazione della ricerca, con il quale, mediante una formula matematica, si misura il numero medio di citazioni ricevute in un anno degli articoli pubblicati in una rivista scientifica nei due anni antecedenti e contenute in banche dati appositamente costituite, quali la <<Index Medicus>> e la <<Medline>>, indicate al paragrafo 4.1.1 del capitolato tecnico.

La somma dei due migliori lavori scientifici valutati in termini di *impact factor*, che la stazione appaltante ha adottato per l'attribuzione dei coefficienti massimo e minimo e dei coefficienti proporzionali intermedi, è un criterio di valutazione che non misura affatto l'autorevolezza delle riviste scientifiche sulle quali sono pubblicati e dunque la qualità del prodotto offerto.

2.5. Il primo motivo di ricorso deve essere pertanto accolto nei limiti sopra spiegati e, per l'effetto, deve essere annullato il bando di gara trasmesso alla G.U.U.E. in data 14 aprile 2017 e pubblicato sulla G.U.R.I. in data 3 maggio 2017, nonché l'allegato B al capitolato speciale nella parte in cui prevede l'attribuzione del punteggio massimo di 20 punti per il criterio <<letteratura>>, limitatamente al lotto 2 per la fornitura di <<stent coronarici DES con polimero riassorbibile>>.

L'effetto conformativo della presente sentenza di annullamento consiste nell'indicare alla stazione appaltante di non attribuire un punteggio così elevato, pari a 20 punti qualitativi su 70, addirittura più elevato del punteggio massimo attribuito agli altri criteri di valutazione dell'offerta tecnica, previsto tra i 5 e i 18 punti, al criterio <<letteratura>>, basato esclusivamente sull'indice sintetico dell'*impact factor*.

Una siffatta ripartizione nell'attribuzione del punteggio qualitativo rischia infatti di non selezionare i dispositivi medici offerti in base alla loro effettiva

qualità e di precludere l'ingresso nel mercato a nuovi operatori economici che, come la società ricorrente, pur avendo pubblicato degli studi scientifici del tipo di quelli richiesti nel capitolato tecnico, non hanno raggiunto un punteggio elevato quanto a diffusività della citazione delle pubblicazioni.

3. La necessità di rieditare l'intera gara secondo una diversa distribuzione dei punteggi qualitativi dell'offerta impone l'assorbimento dei motivi secondo e terzo del ricorso che attengono alla fase successiva della valutazione dell'offerta tecnica della società ricorrente in relazione agli altri criteri.

4. La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del giudizio in deroga alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il primo motivo di ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il bando di gara trasmesso alla G.U.U.E. in data 14 aprile 2017 e pubblicato sulla G.U.R.I. in data 3 maggio 2017, nonché l'allegato B al capitolato speciale nella parte in cui prevede l'attribuzione del punteggio massimo di 20 punti per il criterio <<letteratura>>, limitatamente al lotto 2 per la fornitura di <<stent coronarici DES con polimero riassorbibile>>.

Dichiara assorbiti i restanti motivi di ricorso.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Flavia Risso, Primo Referendario

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Rosanna Perilli	**Vincenzo Salamone**

IL SEGRETARIO