

N. 00994/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00856/2024 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 856 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Urgo Medical Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B2C28EF1FD, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Vrespa e Gabriele Cappello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Franciacorta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Dario Meini ed Alberto Besuzio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Brescia, Borgo Pietro Würher 81;

nei confronti

Mölnlycke Health Care S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Pavan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

previa concessione di idonee misure cautelari

- del Decreto prot. n. 643 del 27.9.2024 assunto dalla ASST Franciacorta recante “fornitura di medicazioni (CND: M0404). Affidamento diretto ai sensi dell’art. 50 dell’art. 50, comma 1, lett. B) del D.Lgs. 36/2023 per un periodo di 36 mesi (€ 70.180,50 iva compresa)”, nella parte relativa al Lotto n. 9;
- del provvedimento recante “atto di affidamento diretto fino all’importo di € 40.000” a favore di Mölnlycke Health Care S.r.l. con riferimento al Lotto n. 9;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, avverso il quale si formula riserva di proporre ricorso per motivi aggiunti tra cui in particolare (i) la scheda di valutazione della documentazione tecnica relativa al Lotto n. 9 allegato al Decreto 643/2024, (ii) la “richiesta di offerta per eventuale affidamento ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. B) del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e s.m.i. per la fornitura di medicazioni (CND: M0404)” in data 3.7.2024 nella parte in cui stabilisce che “La Stazione appaltante applica il principio di equivalenza di cui al punto 7, parte II dell’Allegato II.5. D.Lgs. n. 36/2023. L’Offerente, ai sensi de successivo punto 8, dimostra nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 105 del codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti. Tale documentazione sarà oggetto di valutazione dalla stazione appaltante”;

nonché per l'accertamento

- del diritto della ricorrente al subentro nel contratto stipulato dall'Amministrazione per corrispondenza ai sensi dell'art. 18 del D.Lgs. 36/2023 in esecuzione dei provvedimenti impugnati, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso nonché aggiudicazione della fornitura a favore di Urgo Medical Italia S.r.l. ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a.;

- del danno ingiusto subito dalla ricorrente, da risarcirsi in forma specifica ovvero, subordinatamente, per equivalente, secondo quanto specificato in corso di giudizio e la conseguenziale condanna dell'Amministrazione al risarcimento nei termini accertati in corso di giudizio;

nonché, ai sensi dell'art. 116 c.p.a, per l'annullamento del provvedimento in data 11.10.2024 con cui la ASST Franciacorta ha rigettato l'istanza di accesso agli atti di gara e ai documenti costituenti l'offerta tecnica di Mölnlycke Health Care S.r.l. presentata da Urgo Medical Italia S.r.l. in data 3.10.2024;

per l'accertamento del diritto di Urgo Medical Italia S.r.l. ad accedere ed estrarre copia dei documenti oggetto dell'istanza di accesso dalla medesima presentata il 3.10.2024

e per la conseguenziale condanna dell'Amministrazione all'ostensione dei documenti oggetto dell'istanza di accesso presentata dalla Urgo Medical Italia S.r.l. il 3.10.2024.

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti:

per l'annullamento

previa concessione di idonee misure cautelari

- del Decreto prot. n. 643 del 27.9.2024 assunto dalla ASST Franciacorta recante "fornitura di medicazioni (CND: M0404). Affidamento diretto ai sensi dell'art. 50

dell'art. 50, comma 1, lett. B) del D.Lgs. 36/2023 per un periodo di 36 mesi (€ 70.180,50 iva compresa)”, nella parte relativa al Lotto n. 9;

- del provvedimento recante “atto di affidamento diretto fino all’importo di € 40.000” a favore di Mölnlycke Health Care S.r.l. con riferimento al Lotto n. 9;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, avverso il quale si formula riserva di proporre ricorso per motivi aggiunti tra cui in particolare (i) la scheda di valutazione della documentazione tecnica relativa al Lotto n. 9 allegato al Decreto 643/2024, (ii) la “richiesta di offerta per eventuale affidamento ai sensi dell’art. 50, comma 1, lett. B) del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e s.m.i. per la fornitura di medicazioni (CND: M0404)” in data 3.7.2024 nella parte in cui stabilisce che “La Stazione appaltante applica il principio di equivalenza di cui al punto 7, parte II dell’Allegato II.5. D.Lgs. n. 36/2023. L’Offerente, ai sensi de successivo punto 8, dimostra nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 105 del codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti. Tale documentazione sarà oggetto di valutazione dalla stazione appaltante”;

nonché per l’accertamento

- del diritto della ricorrente al subentro nel contratto stipulato dall’Amministrazione per corrispondenza ai sensi dell’art. 18 del D.Lgs. 36/2023 in esecuzione dei provvedimenti impugnati, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso nonché aggiudicazione della fornitura a favore di Urgo Medical Italia S.r.l. ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, 122 e 124 c.p.a.;

- del danno ingiusto subito dalla ricorrente, da risarcirsi in forma specifica ovvero, subordinatamente, per equivalente, secondo quanto specificato in corso di giudizio;

e la consequenziale condanna dell'Amministrazione al risarcimento nei termini accertati in corso di giudizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mölnlycke Health Care S.r.l. e dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Franciacorta;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2024 la dott.ssa Francesca Siccardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Urgo Medical Italia S.r.l., che opera nel settore sanitario e si occupa, in particolare, della fornitura di apparecchiature medicali, ha partecipato alla selezione indetta da ASST Franciacorta per la sottoscrizione di un accordo della durata di 36 mesi avente ad oggetto la fornitura di medicazioni di varia tipologia.

2.1.- Al fine di conseguire l'approvvigionamento del citato materiale, infatti, ASST Franciacorta ha pubblicato, in data 3.7.2024, tramite la piattaforma telematica Sintel, una *“richiesta di offerta per eventuale affidamento ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. B) del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 e s.m.i. per la fornitura di medicazioni (CND: M0404)”*, invitando tutti gli operatori interessati a presentare le proprie offerte entro il successivo 16.7.2024.

2.2.- La procedura è stata suddivisa in 12 differenti Lotti. Per quanto di rilievo, il Lotto 9 aveva ad oggetto la fornitura di 1200 pezzi (400 all'anno) di *“medicazione*

bioattiva in tessuto non tessuto – 10 x 10”, con le seguenti caratteristiche tecniche “*Medicazione bioattiva in tessuto non tessuto fibroso, assorbente e gelificante, formata da fibre poliassorbenti e da una matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici che riduce il tempo di guarigione. Indicata per la gestione dei pazienti con lesioni venose degli arti inferiori e del piede diabetico e per tutti gli stadi di lesioni essudanti (dalla detersione alla guarigione completa) comprese lesioni croniche e acute di lungo corso. Sterile, monouso Misure: 10 x 10 cm*”.

2.3.- La *Lex specialis* ha stabilito che “*l’eventuale affidamento della fornitura avverrà, previa verifica di idoneità del prodotto offerto rispetto alle caratteristiche richieste, sulla base di valutazioni discrezionali che tengano conto dell’elemento economico e di quelli tecnico- qualitativi dell’offerta presentata*”, dettagliando analiticamente i criteri di valutazione da considerare in sede di valutazione delle offerte.

3.- Per il Lotto 9 sono state presentate offerte soltanto da parte di Urgo Medical Italia S.r.l., con il prodotto Urgo Start Plus Pad, e di Mölnlycke Health Care S.r.l., con il prodotto Exufiber.

4.- La Stazione Appaltante, avendo ritenuto Mölnlycke la “*miglior offerente dal punto di vista economico di prodotti idonei e pienamente rispondenti alle esigenze aziendali*”, in data 27.9.2024 ha decretato l’aggiudicazione del Lotto 9 in suo favore.

5.- Il successivo 2.10.2024, ASST Franciacorta ha disposto l’affidamento diretto della commessa a Mölnlycke, con ciò procedendo alla sottoscrizione del “*... contratto per corrispondenza ai sensi dell’art. 18 del codice appalti*”.

6.1- Urgo ha poi presentato istanza di accesso agli atti, al fine di ottenere dalla Stazione Appaltante l’ostensione della documentazione tecnica prodotta da Mölnlycke a corredo della propria offerta, rigettata da ASST Franciacorta con l’Invito a “*... motivare in modo più approfondito la propria istanza di accesso agli atti,*

formulando specifiche censure e dichiarando la necessaria strumentalità fra l'accesso ai documenti richiesti e le esigenze di tutela".

6.2.- La società ha reiterato la propria richiesta il 17.10.2024, senza esito.

7.- In ragione di ciò, pertanto, Urgo Medical Italia S.r.l. ha tempestivamente notificato ricorso giudiziale ad ASST Franciacorta ed alla controinteressata Mölnlycke Health Care S.r.l., provvedendo al successivo deposito, instando per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, previa concessione di misura cautelare interinale, per l'accertamento del proprio diritto al subentro nel contratto successivamente stipulato, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, per l'aggiudicazione della fornitura in suo favore, nonché per l'annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di accesso.

7.- Si sono costituite in giudizio ASST Franciacorta e Mölnlycke Health Care S.r.l., depositando tempestivamente memorie e documenti.

8.- All'udienza camerale del 6.11.2024 parte ricorrente ha rinunciato all'istanza *ex art.* 116 c.p.a. proposta contestualmente al ricorso, ritenendo le produzioni versate in atti dalla resistente corrispondenti alle proprie richieste, instando per la concessione di un termine per la proposizione di motivi aggiunti.

La causa è stata, quindi, rinviata alla camera di consiglio del 4.12.2024.

9.- In data 22.11.2024 Urgo Medical Italia S.r.l. ha notificato alla resistente ed alla controinteressata ricorso per motivi aggiunti, tempestivamente depositato, rinnovando l'istanza di concessione di una misura cautelare interinale.

10.- ASST Franciacorta e Mölnlycke Health Care S.r.l. hanno depositato memorie in termini.

11.- All'udienza camerale del 4.12.2024, previo avviso alle parti, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a..

DIRITTO

I.1.- Il ricorso introduttivo è affidato a tre motivi di doglianza.

I.2.- Con il primo motivo la società denuncia “*Violazione della Lex specialis nonché dell’art. 87 e dell’Allegato II.8 del D.Lgs. 36/2023*”: la richiesta di offerta del 3.7.2024, quanto al lotto 9, riguardava la fornitura di 1200 pezzi di medicazione bioattiva in tessuto non tessuto fibroso, dotata di specifiche caratteristiche tecniche, di cui era pretesa una campionatura obbligatoria “*ai fini della valutazione della idoneità dei prodotti offerti*”, con la precisazione che sarebbe stata oggetto di specifici controlli la corrispondenza delle medicazioni proposte alle caratteristiche tecniche declinate nella richiesta di offerta.

Secondo la ricorrente, l’aggiudicataria non avrebbe in catalogo prodotti contenenti “*... una matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici...*”, con conseguente inammissibilità dell’offerta, giacché relativa a medicazioni prive delle caratteristiche indicate come essenziali nella richiesta della Stazione Appaltante, anche alla luce dalla giurisprudenza amministrativa in materia.

I.3.- Con il secondo motivo di doglianza la ricorrente lamenta “*Violazione dell’art. 70 nonché dell’Allegato II.5, Parte II-A del D.Lgs. 36/2003. Violazione della Lex specialis di gara: violazione del principio di equivalenza*”: a suo dire i requisiti indicati nella richiesta di offerte sarebbero di tipo strutturale e come tali non compatibili con il principio di equivalenza. Infatti, la *lex specialis* di gara non avrebbe individuato in via funzionale le finalità terapeutiche dei prodotti da fornire (lasciando ai concorrenti la possibilità di proporre dispositivi tra loro equivalenti perché comunque idonei allo scopo), ma avrebbe indicato dettagliatamente i requisiti tecnici minimi che gli stessi prodotti debbono possedere (senza in alcun modo evidenziarne le finalità), così perimetrando

a monte i tipi di medicazione considerati idonei a soddisfare i propri bisogni, incompatibili con il principio di equivalenza, come tale inapplicabile.

Ad ogni modo, quand'anche le caratteristiche tecniche individuate nella *lex specialis* di gara dovessero essere ritenute requisiti di natura funzionale, comunque l'aggiudicazione sarebbe illegittima, in quanto le differenze tra le medicazioni richieste e quelle offerte da Mölnlycke non risulterebbero, *quoad effectum*, in alcun modo colmabili. Infatti la mancanza della “*matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici*” non garantirebbe al prodotto che ne è privo lo stesso effetto terapeutico dei prodotti che ne sono muniti, essendo solo tale componente in grado di favorire il naturale processo di guarigione ed assicurare la stimolazione dei componenti chiave per la riparazione cellulare, mantenendo non solo l'ambiente umido, ma sollecitando altresì la proliferazione cellulare e la sintesi di collagene ed acido ialuronico.

E ciò, vieppiù, considerando che la *lex specialis* di gara ha specificato che la medicazione oggetto del Lotto 9 debba “*ridurre il tempo di guarigione*”, ciò che proprio la “*matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici*” è in grado di fare, incidendo processo di assorbimento della metallo proteasi.

I.4.- Il terzo motivo di ricorso censura “*Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 70 nonché dell'Allegato II.5, Parte II-A del D.Lgs. 36/2003. Violazione della Lex specialis di gara: violazione del principio di equivalenza. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione*”: il D.Lgs. 36/2003 e la *Lex specialis* risulterebbero violati perché difetterebbero in atti tanto la dichiarazione di Mölnlycke circa la presenza delle difformità dei prodotti offerti rispetto alle richieste, quanto l'effettiva dimostrazione dell'integrazione del requisito dell'equivalenza.

Inoltre nella scheda tecnica predisposta da ASST Franciacorta ed allegata al Decreto 643 del 27.9.2024 non vi sarebbe alcuna traccia delle operazioni volte allo scrutinio di equivalenza, né del vaglio dei criteri indicati nella richiesta di offerte, così come difetterebbe la benché minima motivazione: la Stazione Appaltante si sarebbe, infatti, limitata all'utilizzo di una mera clausola di stile con cui ha semplicemente affermato che Mölnlycke è la *“Miglior offerente dal punto di vista economico di prodotti idonei e pienamente rispondenti alle esigenze aziendali”*

II.1.- Con il ricorso per motivi aggiunti Urgo Medical Italia S.r.l., dopo aver argomentato ampiamente in ordine all'ammissibilità del ricorso, in quanto la stessa ASST Franciacorta si sarebbe autovincolata in sede di richiesta di offerta ad affidare la fornitura all'offerente di prodotti dotati di determinate caratteristiche, emettendo poi una vera e propria graduatoria, ha meglio argomentato ed approfondito le censure già articolate nel ricorso introduttivo.

II.2.- Il primo motivo di doglianza, rubricato *“Violazione della Lex specialis nonché dell'art. 87 e dell'Allegato II.8 del D.Lgs. 36/2023”*, ripete quanto già veicolato nel ricorso introduttivo, aggiungendo che, dall'esame dei documenti ostesi, sarebbe emersa l'effettiva assenza della *“...matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici...”* nel prodotto offerto dalla controinteressata. La ricorrente, inoltre, ha dedotto che, proprio con riferimento alla suddetta caratteristica, la richiesta di offerta avrebbe espressamente previsto per il Lotto 8 (estraneo al presente giudizio) la possibilità di offrire prodotti equivalenti (*“matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici (o equivalenti) che riduce il tempo di guarigione”*), a differenza di quanto indicato con riferimento al Lotto 9, di cui si discute: il che avvalorerebbe l'inapplicabilità del principio di equivalenza al caso di specie.

II.3.- Con il secondo motivo di ricorso Urgo Medical Italia S.r.l. lamenta “*Violazione dell’art. 70 nonché dell’Allegato II.5, Parte II-A del D.Lgs. 36/2003. Violazione della Lex specialis di gara: violazione del principio di equivalenza*”, ripercorrendo sostanzialmente le medesime argomentazioni contenute nel ricorso introduttivo, ovverosia che le specifiche tecniche di cui alla richiesta di preventivo andrebbero qualificate come requisiti minimi strutturali, come tali non compatibili con il principio dell’equivalenza.

Inoltre, la società ha sostenuto che la stessa scheda tecnica del prodotto offerto dalla controinteressata farebbe emergere la sua inidoneità nelle ultime fasi del processo di guarigione: detta scheda, infatti, indica “*Se la medicazione dovesse seccarsi e risultasse difficile rimuoverla, inumidirla secondo la pratica clinica in uso e lasciarla inumidire finché non sia possibile rimuoverla con facilità. La trasformazione di Exufiber in gel potrebbe richiedere qualche minuto*”.

In definitiva, quindi, i prodotti Molnlycke, privi della “... *matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici...*” giammai potrebbero essere ritenuti equivalenti a quelli richiesti da ASST Franciacorta, cui solo quelli della ricorrente sarebbero pienamente conformi.

II.4.- Il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti ha portata più ampia di quello di cui al ricorso introduttivo: con lo stesso si deduce “*Violazione, sotto altro profilo, dell’art. 70 nonché dell’Allegato II.5, Parte II-A del D.Lgs. 36/2003. Violazione dell’art. 87 nonché dell’Allegato II.8 del D.Lgs. 36/2023 sotto altro profilo. Violazione dell’art. 3 della L. 241/1990. Violazione della Lex specialis di gara: violazione dell’art. 7 della richiesta di offerta e violazione del principio di equivalenza. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione*”. La ricorrente, infatti, esaminata la documentazione ostesa solo in corso di giudizio, contesta l’omessa motivazione, da parte dell’ASST Franciacorta, in ordine all’asserita equivalenza dei prodotti offerti dalla controinteressata a quelli di

cui alla pubblicata richiesta di offerta: la scheda di valutazione, infatti, alcuna indicazione conterrebbe in proposito, salva l'apodittica conclusione secondo cui Mölnlycke è la *“Miglior offerente dal punto di vista economico di prodotti idonei e pienamente rispondenti alle esigenze aziendali?”*

III.1.- Si esamina, anzitutto, l'eccezione di inammissibilità del ricorso, formulata tanto dalla resistente, quanto dalla controinteressata.

A loro dire, infatti, il ricorso sarebbe inammissibile in ragione della natura non competitiva della procedura di affidamento prescelta dalla stazione appaltante, che non avrebbe contemplato alcun confronto tra gli offerenti, ma semplicemente l'acquisizione di offerte e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori: ciò, tuttavia, non trasformerebbe l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abiliterebbe i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze. Inoltre, non avendo la ricorrente messo in contestazione l'originaria decisione di ASST Franciacorta di ricorrere all'affidamento diretto, non potrebbe ora sindacare le sue scelte in merito all'affidamento stesso.

L'eccezione va respinta, essendo infondata e basata su una lettura erronea delle pronunce richiamate a suo sostegno, potendo al più venire in rilievo un'ipotesi di infondatezza nel merito delle doglianze piuttosto che la loro inammissibilità, come peraltro emerge dalla lettura di tali citate sentenze.

III.2.- E' necessario, a questo punto, effettuare delle precisazioni in fatto e diritto, per poi procedere all'esame dei motivi di ricorso.

III.3.- In punto di fatto va posta l'attenzione sulle seguenti circostanze.

Con riferimento al Lotto 9, la richiesta di offerta per eventuale affidamento ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b) del D.Lgs. 36/2023 del 3.7.2024 di ASST Franciacorta

era rivolta alla fornitura di *“Medicazione bioattiva in tessuto non tessuto fibroso, assorbente e gelificante, formata da fibre poliassorbenti e da una matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici che riduce il tempo di guarigione. Indicata per la gestione dei pazienti con lesioni venose degli arti inferiori e del piede diabetico e per tutti gli stadi di lesioni essudanti (dalla detersione alla guarigione completa) comprese lesioni croniche e acute di lungo corso. Sterile, monouso Misure: 10 x 10 cm”*.

Quanto alle caratteristiche delle medicazioni oggetto della procedura, emerge come la *Lex specialis* di gara abbia stabilito specifici requisiti dei prodotti (presenza di *“fibre poliassorbenti e ... matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici”*), esplicitando, altresì: *“La Stazione appaltante applica il principio di equivalenza di cui al punto 7, parte II dell’Allegato II.5. D.Lgs. n. 36/2023. L’Offerente, ai sensi de successivo punto 8, dimostra nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 105 del codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti. Tale documentazione sarà oggetto di valutazione dalla stazione appaltante”*.

L’ASST Franciacorta, poi, ha incluso nella documentazione tecnica che gli offerenti dovevano presentare entro il termine del 16.7.2024 *“Schede tecniche, in lingua italiana, dei prodotti offerti da cui risultino tutte le caratteristiche tecniche richieste”*, richiedendo altresì l’invio di una campionatura ai dichiarati *“fini della valutazione della idoneità dei prodotti offerti”*.

Più nel dettaglio, l’art. 7 della richiesta di offerta prevedeva *“L’eventuale affidamento della fornitura avverrà, previa verifica di idoneità del prodotto offerto rispetto alle caratteristiche richieste, sulla base di valutazioni e criteri discrezionali che tengano conto dell’elemento economico e di quelli tecnico-qualitativi dell’offerta presentata. I criteri preferenziali di natura qualitativa che verranno presi in considerazione in sede di valutazione delle offerte sono di seguito riportati secondo*

l'ordine di importanza: 1. Congruità alle misure richieste; 2. Facilità di applicazione; 3. Atraumaticità alla rimozione; 4. Stabilità del fissaggio cateteri (dove richiesto); 5. Conformabilità (adattabilità alla zona di applicazione), anche su parti molto sagomate, senza formare pieghe; 6. Indeformabilità e tenuta della medicazione in sede; 7. Elevata tollerabilità anche su cute sensibile e delicata; 8. Certificazione della parità di genere ai sensi dell'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198”.

Urgo Medical Italia S.r.l. e Mölnlycke Health Care S.r.l. hanno offerto due differenti prodotti - rispettivamente Urgo Start Plus Pad e Exufiber, quest'ultimo pacificamente privo della “matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici”.

Nel decreto ASST Franciacorta n. 643 del 27.9.2024, con cui si decreta l'affidamento diretto a Mölnlycke Health Care S.r.l. della fornitura oggetto del Lotto 9, si legge “ACQUISITO agli atti il parere reso dal Servizio Farmacia Aziendale, in ordine all'idoneità tecnica delle offerte presentate dalle Società”, con conseguente valutazione di idoneità compiuta dal Rup, come afferma la stessa resistente nella memoria di costituzione.

Detto parere, tuttavia, non è materialmente in atti, come confermato anche da parte resistente.

Nella tabella di comparazione delle offerte ricevute per i vari Lotti, con riferimento al numero 9, ASST Franciacorta indica in Mölnlycke Health Care S.r.l. il “Miglior offerente dal punto di vista economico di prodotti idonei e pienamente rispondenti alle esigenze aziendali”.

III.4.- In diritto si osserva che la Parte II-A dell'Allegato II.5 del D. Lgs. 36/2023 stabilisce, per quanto di rilievo: “4. Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici e non devono comportare ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. 5. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali,

comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto; b) mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l'espressione «o equivalente»; c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera a), con riferimento alle specifiche citate nella lettera b) quale mezzo per presumere la conformità con tali prestazioni o requisiti funzionali; d) mediante riferimento alle specifiche tecniche di cui alla lettera b) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera a) per le altre caratteristiche... 7. Quando si avvalgono della facoltà prevista dal punto 5, lettera a) o della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al punto 5, lettera b), le stazioni appaltanti non possono escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali, se vi ottemperano in modo equivalente... 8. L'offerente dimostra, nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 105 del codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti?».

Il principio di equivalenza di cui tratta il sopramenzionato Allegato al D.Lgs. 36/2023, invero, è stato introdotto a sistema dal legislatore europeo (ex articolo 42, par. 6, della direttiva 2014/24/UE) al fine di evitare che le Stazioni Appaltanti potessero restringere la concorrenza mediante la richiesta di particolari “*specifiche tecniche*” dei prodotti.

La giurisprudenza, oramai da anni, con orientamento condiviso dal Collegio, afferma che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, sul presupposto che la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio eurounitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità (da ultimo, C.d.S., Sez. III, n. 10210 del 28.11.2023).

Peraltro, tali affermazioni, stratificate sull'impianto normativo precedente, sono vieppiù valide nella vigenza del D.Lgs. 36/2023, che afferma il principio del risultato e dell'accesso al mercato quali cardini e criteri ermeneutici dell'intera materia dei contratti pubblici.

È nota la distinzione operata tra “*specifiche tecniche*” che le prestazioni richieste debbono possedere - con riferimento alle quali il principio di equivalenza sarebbe sempre applicabile - e “*requisiti minimi obbligatori*”, che la Stazione Appaltante può richiedere a pena di esclusione dell'offerente, esplicitandoli nella *lex specialis* di gara, quale frutto della definizione degli specifici bisogni dell'Amministrazione e della perimetrazione, a monte, delle prestazioni in grado di soddisfarli. La compatibilità di questi ultimi con il principio di equivalenza necessita di precisazioni.

La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto, a determinate condizioni, il principio *de quo* estendibile anche ai requisiti minimi qualificati come obbligatori dalla disciplina di gara sulla scorta di un approccio funzionale: “*il principio di equivalenza è estensibile anche ai requisiti minimi qualificati come obbligatori se gli stessi hanno*

carattere “funzionale”, ossia con riferimento a fattispecie in cui dalla stessa lex specialis emerge che determinate caratteristiche tecniche siano richieste al fine di assicurare all’amministrazione il perseguimento di determinate finalità, e dunque possa ammettersi la prova che queste ultime siano soddisfatte anche attraverso prodotti o prestazioni aventi caratteristiche tecniche differenti da quelle richieste. Per contro, tale principio non può trovare applicazione nel caso di requisiti minimi “strutturali”. La qualificazione in termini “strutturali” o “funzionali” di un requisito minimo prescritto dalla legge di gara non dipende tuttavia dalla natura del requisito in sé considerata, bensì dall’esistenza o meno nella lex specialis dell’esplicitazione delle finalità e dei bisogni dell’amministrazione che la previsione di una determinata caratteristica tecnica è destinata a soddisfare” (C.d.S., Sez. III, n. 4155 del 9.5.2024).

A consentire la qualificazione di un requisito minimo obbligatorio come strutturale o funzionale è proprio la *lex specialis* di gara: laddove dal contenuto della stessa emerga che le caratteristiche sono richieste dall’Amministrazione per il perseguimento di determinate finalità allora il requisito è di tipo funzionale, in quanto volto a soddisfare le esigenze palesate. Di conseguenza, è ben possibile che dette finalità siano realizzate anche attraverso prodotti o servizi aventi caratteristiche diverse, ma medesima efficacia finalistica (cfr., in proposito, C.d.S., Sez. III, n. 8189 del 6.9.2023).

Riconducendo la concreta vicenda a diritto, si rileva come la richiesta delle medicazioni di cui al Lotto 9 sia compatibile con il principio di equivalenza, anche a voler prescindere dall’espreso richiamo al principio stesso all’interno della richiesta di preventivo.

Ciò in quanto, anche laddove la richiesta presenza di “*matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici*” non dovesse integrare una mera specifica tecnica e quindi essere ritenuta “requisito minimo obbligatorio”, comunque andrebbe ricondotta alla *sub*

species dei requisiti funzionali: la *lex specialis* di gara, infatti, ha indicato le finalità della fornitura, dovendo la medicazione in tessuto non tessuto richiama “*ridurre il tempo di guarigione*”.

Pertanto il primo ed il secondo motivo di cui al ricorso introduttivo ed il primo e secondo motivo di cui al ricorso per motivi aggiunti sono infondati.

Si precisa, peraltro, come l’argomentazione di cui al secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti sia tardiva: Urgo ha, infatti, evidenziato che la richiesta di offerta dell’ASST Franciacorta espressamente preveda per il Lotto 8 (estraneo al presente giudizio) la possibilità di offrire prodotti equivalenti (“*matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici (o equivalenti) che riduce il tempo di guarigione*”), ciò che non è esplicitato con riferimento al Lotto 9. Tale doglianza, tuttavia, avrebbe dovuto essere veicolata già con il ricorso introduttivo, in quanto la sua conoscibilità non è conseguita all’ostensione della documentazione da parte della Stazione Appaltante in corso di causa.

III.5.- Occorre, ora, esaminare i motivi terzo tanto del ricorso introduttivo quanto di quello per motivi aggiunti: gli stessi sono fondati.

ASST Franciacorta, infatti, ha decretato l’affidamento del Lotto 9 a Mölnlycke Health Care S.r.l. sulla base di una valutazione di idoneità compiuta dal Rup, che sarebbe a sua volta fondato sul parere del Servizio Farmacia Aziendale di “*idoneità tecnica delle offerte presentate dalle Società*”, di cui non v’è traccia in atti.

Il provvedimento nulla argomenta – neppure in maniera sintetica - in ordine alla concreta equivalenza del prodotto offerto dalla controinteressata a quello indicato dalla stessa ASST nella richiesta di offerte.

La Stazione Appaltante, infatti, si è limitata ad affermare che Mölnlycke Health Care S.r.l. è il “*Miglior offerente dal punto di vista economico di prodotti idonei e pienamente rispondenti alle esigenze aziendali*”.

Reputa il Collegio che tanto il decreto n. 643 del 27.9.2024, quanto il successivo affidamento diretto siano affetti da vizio motivazionale, tenuto conto degli specifici autovincoli di cui alla richiesta di offerte del 3.7.2024.

In proposito, riagganciandosi a quanto argomentato al punto III.1, si rileva come la stessa Stazione Appaltante ben avrebbe potuto fare ricorso – stante il valore economico dell'appalto – ad una procedura deformatizzata, così come previsto dal D.Lgs. 36/2023.

Tuttavia, sebbene l'affidamento diretto non sia una vera e propria gara, la circostanza che l'ASST Franciacorta abbia inserito nella richiesta di offerte degli specifici parametri cui si sarebbe attenuta implica, quantomeno, un obbligo motivazionale *in parte qua*, anche a voler prescindere dal fatto che la stessa abbia fatto ricorso alla figura del RUP ed abbia, infine, redatto una sostanziale graduatoria tra gli offerenti dei vari lotti.

La *Lex specialis*, infatti, aveva previsto che la scelta sarebbe ricaduta, “*previa verifica di idoneità*” - che ovviamente necessita di motivazione - sul prodotto ritenuto migliore tenendo “*conto dell'elemento economico e di quelli tecnico- qualitativi dell'offerta presentata*”, indicando poi dettagliati criteri di scelta dell'affidatario (art. 7).

Inoltre, nell'enunciare l'applicazione del principio di equivalenza l'ASST ha dettato delle chiare regole, operanti non solo per gli offerenti, ma anche – e *in primis* – per la stessa, in veste di autovincolo. La richiesta di offerta, infatti, ha precisato, da un lato, che “*L'offerente, ai sensi del successivo punto 8 del medesimo allegato, dimostra, nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 105 del*

codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti” e, dall’altro, che “Tale documentazione sarà oggetto di valutazione dalla stazione appaltante”.

Tuttavia, lo si ripete, negli atti gravati difetta una qualsivoglia argomentazione in ordine all’aspetto tecnico – qualitativo dell’offerta, nonché all’equivalenza di Exufiber al prodotto richiesto, essendo pacifica la carenza nel medesimo della richiesta *“matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici”*.

Reputa questo Collegio che, a fronte di una tanto specifica indicazione nella *lex specialis*, l’affidamento della fornitura ad un soggetto che ha offerto un prodotto così diverso da quello richiesto necessitasse di una congrua ed attenta motivazione.

Può ben essere, infatti, che in concreto Exufiber, offerto da Mölnlycke, sia il miglior prodotto – ciò che parte resistente e la controinteressata sostengono anche mediante studi scientifici; tuttavia ciò non emerge dagli atti impugnati, che fanno ricorso ad una mera clausola di stile, definendo Mölnlycke Health Care S.r.l. il *“Miglior offerente dal punto di vista economico di prodotti idonei e pienamente rispondenti alle esigenze aziendali”*, senza però argomentare alcunché quanto alla mancanza in Exufiber della *“matrice lipido colloidale ricca di fattori saccaridici”* ed alla sua surrogabilità – quanto a funzioni – con le componenti presenti nel prodotto offerto.

Neppure può predicarsi un implicito richiamo *per relationem* alla dichiarazione di equivalenza resa da Mölnlycke in gara, posto che la stessa è riferita al suo solo prodotto e non lo valuta – comparativamente – a quello della ricorrente. Del resto, detta valutazione è propria della Stazione Appaltante e giammai potrebbe essere svolta dagli stessi partecipanti alla procedura.

Inoltre, la pronuncia del TAR Lazio, Sez. II bis, n. 19840 dell’11.11.2024, richiamata dalla resistente nelle memorie da ultimo depositate per sostenere l’inammissibilità

del ricorso, pur argomentando in merito al fatto che non verrebbe in rilievo una vera e propria procedura comparativa, comunque afferma che, anche in quel caso, al giudice amministrativo “è consentito ... un vaglio di ragionevolezza e logica, volto a verificare se le censure mosse dalla parte ricorrente disvelino un’abnormalità o arbitrarietà della valutazione operata dalla S.A o un manifesto travisamento dei fatti”.

Nel caso di specie, l’assenza totale di motivazione in punto equivalenza da parte dell’ASST Franciacorta sarebbe comunque scrutinabile, risolvendosi a bene vedere in una decisione del tutto arbitraria, peraltro manifestamente in contraddizione con le indicazioni contenute nella richiesta di offerte.

Gli atti impugnati vanno, quindi, annullati per difetto motivazionale.

III.6.- Il Collegio, ai sensi dell’art. 122 c.p.a., dichiara l’inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato tra ASST Franciacorta e Mölnlycke Health Care S.r.l., considerati la gravità del vizio riscontrato, la consistente e pressoché integrale residua durata dell’affidamento, la formulata richiesta di subentro e la possibilità che la ricorrente – unica offerente ulteriore rispetto alla controinteressata - possa, all’esito del riesercizio del potere, conseguire l’affidamento stesso.

ASST Franciacorta, nell’eventualità di riedizione del potere, dovrà motivare la scelta, tenuto conto degli specifici autovincoli di cui alla richiesta di offerte, argomentando sull’eventuale ritenuta equivalenza dei prodotti esaminati rispetto a quelli oggetto di richiesta e sul giudizio di “prodotto migliore” in ragione “*dell’elemento economico e di quelli tecnico- qualitativi dell’offerta presentata*”.

La dichiarata inefficacia assorbe la richiesta risarcitoria.

IV.- Le spese di lite, nella misura liquidata nel dispositivo, sono poste a carico solidale di ASST Franciacorta e di Mölnlycke Health Care S.r.l., che vanno altresì

condannate a rimborsare alla ricorrente il contributo unificato versato all'atto dell'iscrizione a ruolo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e su quello per motivi aggiunti, in parziale accoglimento dei medesimi:

- annulla gli atti impugnati, come specificato in parte motiva;
- dichiara l'inefficacia del contratto, relativo al lotto 9 per cui è causa, stipulato tra ASST Franciacorta e Mölnlycke Health Care S.r.l.;
- condanna ASST Franciacorta e Mölnlycke Health Care S.r.l., in via tra loro solidale, a rimborsare alla ricorrente le spese di lite, liquidate in euro 4.000,00, oltre oneri ed accessori di legge, nonché il contributo unificato versato all'atto dell'iscrizione a ruolo.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Alessandro Fede, Referendario

Francesca Siccardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesca Siccardi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI