

N. 00346/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01833/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1833 del 2023, proposto da Movi Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocata Claudia Cipriano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Gallo, Giuseppina Squillace, Alice Castrogiovanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ypsomed Italia Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Napoli, Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico ex art. 25 c.p.a. presso

lo studio dell'avv. Maurizio Piero Zoppolato in Milano, via Dante, 16; Medtronic Italia Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

in relazione alla procedura CIG 951351401D

- della determina di aggiudicazione del Direttore generale n. 710 del 28 giugno 2023 relativamente al solo lotto 4 della gara “ARIA_2022_017 Procedura aperta multilotto ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 per la conclusione di accordi quadro, che saranno eseguiti ex art. 54 comma 4 lettera a) del D.Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di dispositivi per pazienti diabetici territoriali e servizi connessi – Rilevazione e somministrazione dell'insulina” comunicata ex art. 76 Dlgs. n.50 del 2016 in data 29.6.23 nella parte in cui ammette la società Ypsomed e la classifica prima in graduatoria;
- di tutti i verbali di gara relativi alla valutazione di qualità delle offerte di cui alla gara, in particolare, per quanto conosciuti, il verbale n. 4 di valutazione tecnica in seduta riservata della Commissione con cui sono state giudicate le apparecchiature offerte in gara ed il verbale n. 5 valutazione tecnica in seduta riservata della Commissione limitatamente alle valutazioni inerenti l'offerta di Ypsomed (acquisita da parte ricorrente in data 14.07.2023 e conseguentemente anch'essa impugnata);
- Capitolato tecnico e relativi allegati tra cui in particolare Dettaglio Requisiti minimi e premiali e la Tabella prodotti, Capitolato d'oneri e Progetto di gara, chiarimenti pre-gara, nella parte in cui lesivi degli interessi della ricorrente;
- Verbale n. 19 della commissione di gara riconvocata in data 1° settembre 2023 per esaminare l'istanza di annullamento in autotutela inviata da Movi in data 3 agosto 2023 comunicato alla ricorrente con nota di trasmissione del 5 settembre 2023;

- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, compresa l'offerta dell'aggiudicataria prima graduata assunta negli atti amministrativi e, per quanto possa occorrere, gli altri atti costituenti, comunque, disciplina speciale della procedura competitiva se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato

e per la condanna

della resistente al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aria Spa e di Ypsomed Italia Srl;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2024 la dott.ssa Laura Patelli 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 pubblicato in GUUE il 6 dicembre 2022, Aria Spa avviava la “Procedura aperta multilotto ai sensi dell’art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 per la conclusione di accordi quadro multifornitura, che saranno eseguiti ex art. 54 comma 4 lettera a) del D.Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di dispositivi per pazienti diabetici territoriali e servizi connessi – Rilevazione e somministrazione dell’insulina” suddivisa in più lotti.

Rileva nel caso di specie la gara sul lotto 4, relativo alla fornitura di “Microinfusori dell’insulina integrati con sistema di monitoraggio glicemico continuo per pazienti

adulti e/o pediatrici comprensivo di algoritmi per la gestione della somministrazione di insulina”.

2. Alla gara sul lotto 4 partecipavano Movi Spa, Ypsomed Srl e Medtronic Spa.

Con Determina n. 710 del 28 giugno 2023, il lotto veniva aggiudicato alla società Ypsomed, quale concorrente prima in graduatoria con punteggio tecnico di 62,51 ed economico di 30, seguita da Medtronic con punteggio tecnico di 58,08 ed economico di 21,24; la società Movi si collocava, invece, all'ultimo posto con punteggio tecnico di 59,47 ed economico di 17,76.

3. Il capitolato d'oneri prevedeva per il lotto 4 un numero di potenziali aggiudicatari pari a tre, da individuarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sicché le tre società predette si collocavano in posizione utile alla fornitura.

Il capitolato medesimo precisava poi (par. 22.1) che «per i pazienti già assistiti, c.d. “pazienti già in carico al SSR”, questi in considerazione della continuità prescrittiva o i pazienti di tipo 1, questi in considerazione della loro complicata gestione patologica [...] gli affidamenti potranno riguardare tutti gli aggiudicatari dell'accordo quadro» e «per gli altri pazienti, ossia i c.d. pazienti nuovi o per i pazienti che necessitino di sostituzione dei sistemi in uso, gli affidamenti avverranno: in via prioritaria nei confronti dell'operatore economico risultato primo in graduatoria e aggiudicatario dell'accordo quadro; solo in caso di motivate condizioni di non utilizzo del prodotto dell'operatore economico risultato primo in graduatoria ed aggiudicatario dell'accordo quadro, per esigenze cliniche nel rispetto della libertà prescrittiva, procedendo con scorrimento della graduatoria e motivando lo scorrimento della graduatoria stessa».

4. A seguito di accesso agli atti di gara, Movi Spa presentava una richiesta di annullamento dell'aggiudicazione in favore di Ypsomed, sostenendo che la società

dovesse essere invece esclusa dalla gara. La commissione giudicatrice, riconvocatasi in data 1 settembre 2023, valutava le osservazioni di Movi non condividendole e anzi specificando che il medico prescrittore avrebbe potuto scegliere tra le forniture proposte in considerazione delle esigenze di continuità terapeutica, condizioni specifiche del paziente e appropriatezza terapeutica potendo anche valutare di assegnare un dispositivo in considerazione dell'effettivo possesso di smartphone necessario all'utilizzo tramite app della tecnologia della società prima aggiudicataria.

5. Assumendo infine l'illegittimità della determina di aggiudicazione, Movi Spa ha presentato il ricorso in epigrafe, notificato in data 12.09.2023 e depositato il successivo 26.09.2023.

Il ricorso è articolato in tre motivi, tutti rivolti avverso l'offerta della prima classificata di Ypsomed. Più nel dettaglio, (i) l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa poiché l'algoritmo richiesto dal capitolato tecnico sarebbe interpretabile solo in associazione a una app installata su uno smartphone, in tesi non oggetto di fornitura. Inoltre, (ii) l'app CamAPS FX da utilizzare insieme al dispositivo fornito sarebbe priva di certificazione CE. Infine, (iii) l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe da configurarsi come alternativa o duplice – e dunque inammissibile – per la presenza di due sistemi di monitoraggio della glicemia.

6. Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso sia la controinteressata Ypsomed sia la stazione appaltante Aria Spa, entrambe in data 27 settembre 2023. Pur avendo ricevuto rituale notifica del ricorso, non si è invece costituita Medtronic Italia Spa.

7. All'udienza camerale del 3.10.2023 la società ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare proposta con il ricorso.

In vista dell'udienza pubblica del 23 gennaio 2024, le parti hanno depositato documenti e memorie, insistendo nelle rispettive difese.

In rito, Aria Spa ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e per mancata dimostrazione del superamento della prova di resistenza.

In punto di fatto, le parti hanno specificato che in data 11 ottobre 2023, Ypsomed e Aria hanno stipulato l'accordo quadro, che non ha avuto ancora esecuzione, per i tempi tecnici normalmente connessi all'avvio dei contratti esecutivi.

8. All'udienza pubblica del 23 gennaio 2024, previa discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Preliminarmente in rito, deve essere delibata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, che è fondata.

9.1. Nella tesi della ricorrente – che pure risulta già in posizione utile per la stipula di accordi di fornitura – l'esclusione della sola Ypsomed produrrebbe un vantaggio immediato e diretto nei confronti di Medtronic, che si troverebbe ad essere prima della graduatoria, ma pure un vantaggio indiretto nei confronti della società Movi, che vedrebbe incrementare le proprie chance di fornitura effettive.

9.2. In linea generale, va ricordato che in sede di impugnazione degli atti di gara è necessario dare adeguata dimostrazione della cd. prova di resistenza per comprovare la sussistenza dell'interesse al ricorso che, come è noto costituisce condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c.; la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità.

L'effettiva utilità deve essere dimostrata dal superamento della cd. prova di resistenza, vale a dire della dimostrazione a priori che l'accoglimento del ricorso porti un'effettiva e diretta utilità alla ricorrente.

9.3. Nel caso di specie, la prospettazione della ricorrente – che, si ribadisce, è già potenziale destinatari di accordi di fornitura – è volta all’ottenimento di un vantaggio strumentale e mediato, consistente in una superiore collocazione in graduatoria senza tuttavia divenire aggiudicataria prioritaria.

Oltre al fatto che la ricorrente non ha di mira un interesse diretto e attuale, essendo già potenziale aggiudicataria, manca anche una dimostrazione – foss’anche come principio di prova relativa all’attuale condizione del mercato di riferimento – del fatto che le chance di effettiva aggiudicazione incrementino per l’ipotesi di collocazione in graduatoria quale seconda.

In effetti, con riguardo al funzionamento in concreto dell’accordo quadro, il capitolato d’oneri prevede la libertà di affidamento a tutti gli aggiudicatari per garantire la continuità prescrittiva dei pazienti già in carico e per tutti i pazienti con più complicata gestione patologica.

Ne consegue che con riferimento a una rilevante parte dell’esecuzione del contratto – comunque non quantificata nemmeno in termini approssimativi e statistici – non vi è alcun interesse della ricorrente all’esclusione delle altre concorrenti.

Peraltro, a conferma della carenza di interesse, è la stessa società ricorrente ad ammettere che la controinteressata Ypsomed è nuova sul mercato regionale e quindi non interessata all’affidamento di prodotti in continuità assistenziale, che avverrà integralmente nei confronti delle altre due società.

Quanto poi ai nuovi pazienti, il capitolato d’oneri prevede che gli affidamenti avverranno in via prioritaria nei confronti del primo aggiudicatario e che sarà possibile lo scorrimento della graduatoria solo per motivate esigenze cliniche.

L’ipotesi residuale (nuovi pazienti) di possibile interesse strumentale all’esclusione di Ypsomed presenta dunque un interesse meramente eventuale, ipotetico e

assolutamente limitato rispetto al complesso della fornitura, poiché anche in caso di accoglimento del ricorso l'aggiudicataria prioritaria sarebbe una società diversa dalla ricorrente.

10. In ogni caso, il ricorso è anche infondato relativamente a tutti i motivi dedotti, che vengono sinteticamente delibati per la – come si è detto solo potenziale – rilevanza strumentale dell'esclusione di Ypsomed in relazione a una piccola parte del contratto (nuovi pazienti con necessità cliniche motivate che impongano uno scorrimento della graduatoria degli aggiudicatari).

10.1. Quanto al primo motivo di ricorso, l'offerta di Ypsomed non avrebbe dovuto essere esclusa per la carenza di fornitura di un smartphone sul quale installare l'app per il funzionamento del dispositivo offerto.

Da un lato, il motivo si presenta palesemente volto ad escludere capziosamente dal mercato un prodotto sol perché innovativo da un punto di vista tecnologico, seppure nella legge speciale di gara non sia rinvenibile alcun divieto di utilizzo di tecnologie più innovative di quelle tradizionalmente utilizzate sul mercato.

Dall'altro lato, Ypsomed ha chiarito alla stazione appaltante che – pur non essendo lo smartphone oggetto di fornitura e quindi non separatamente quotato, poiché normalmente l'utente installa l'app sul proprio dispositivo personale – uno smartphone su cui poter installare l'app (per l'utilizzo dell'algoritmo che determina il quantitativo di insulina da somministrare) al paziente che ne faccia richiesta e ne sia privo. Detta obbligazione, al di là del chiarimento espresso, deve comunque essere considerata compresa nella dichiarazione di impegno a fornire «tutti gli accessori necessari e/o opzionali per un corretto funzionamento del sistema senza oneri» (v. doc. 4 della controinteressata).

Del resto, in fase di consegna dei campioni del prodotto offerto, Ypsomed ha prodotto anche uno smartphone con la relativa app.

10.2. Quanto al secondo motivo, la controinteressata ha dimostrato nel corso del giudizio il possesso della Certificazione CE dell'app CamAPS FX (come pubblicata sul sito del Ministero della Salute), certificazione che è citata anche nella documentazione di gara (cfr. dichiarazione di sussistenza dei requisiti minimi e premiali prodotta *sub* 8 dalla controinteressata).

Ciò dimostra l'infondatezza, in punto di fatto, della censura.

10.3. Anche il terzo motivo di ricorso, con il quale si assume che Ypsomed abbia presentato un'offerta duplice o alternativa, è infondato.

Il principio di unicità dell'offerta (art. 32, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che impone agli operatori economici di presentare una sola proposta tecnica e una sola proposta economica, al fine di conferire all'offerta un contenuto certo ed univoco, è posto a presidio – da un lato – del buon andamento, dell'economicità e della certezza dell'azione amministrativa, per evitare che la stazione appaltante sia costretta a valutare plurime offerte provenienti dal medesimo operatore economico, tra loro incompatibili, e che perciò venga ostacolata nell'attività di individuazione della migliore offerta, e – dall'altro – a tutela della par condicio dei concorrenti, poiché la pluralità delle proposte attribuirebbe all'operatore economico maggiori possibilità di ottenere l'aggiudicazione o comunque di ridurre il rischio di vedersi collocato in posizione deteriore, a scapito dei concorrenti fedeli che hanno presentato una sola e univoca proposta corrispondente alla prestazione oggetto dell'appalto, alla quale affidare la loro unica ed esclusiva chance di aggiudicazione.

Alla luce di tali coordinate generali, occorre esaminare l'offerta presentata dall'aggiudicataria, al fine di coglierne la natura. Ypsomed ha proposto in gara un

unico sistema con due tipologie di sensori che, in tesi, non costituirebbero una miglioria bensì una duplicazione del prodotto.

La duplicità dell'offerta dell'aggiudicataria non è sostenibile: a ben vedere, il sistema proposto in gara resta unico, mentre vengono proposti due accessori per detto sistema (appunto i sensori) al fine di poter utilizzare quello meglio adattabile alle esigenze specifiche dell'utente, senza che ciò crei differenze sostanziali nel sistema offerto. In altre parole, si tratta di un unico sistema che, per il tramite degli accessori, consente una doppia configurazione, a scelta del medico, in base alle condizioni cliniche del paziente.

11. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

12. Le spese di lite seguono la soccombenza, come per legge, e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di interesse.

Condanna la società ricorrente alla refusione delle spese processuali, liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00) in favore di Aria Spa e in euro 2.000,00 (duemila/00) in favore di Ypsomed Italia Srl, oltre Iva, Cpa e spese generali come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Laura Patelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Laura Patelli

IL PRESIDENTE
Maria Ada Russo

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI