

# **TI\_GERICHTE 52.2021.482 vom 12. November 2021**

TI Tribunale d'appello, 2021-11-12, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2021.482](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2021.482)

FR: TI\_GERICHTE 52.2021.482 du 12 novembre 2021

IT: TI\_GERICHTE 52.2021.482 del 12 novembre 2021

## **Regeste**

Commessa pubblica. Aggiudicazione. Valutazione delle offerte

## **Erwägungen**

### **E. 1.0**

Pti. Totale

### **E. 1.1**

la decisione del 12 novembre 2021 dell'Ente Ospedaliero Cantonale è annullata;

### **E. 1.2**

gli atti sono rinviati al committente per nuova decisione ai sensi dei considerandi. 2. La tassa di giustizia di fr. 6'000.- è posta a carico dell'Ente Ospedaliero Cantonale. Esso verserà alla ricorrente fr. 5'000.- a titolo di ripetibili. Alla ricorrente è restituito l'anticipo versato. 3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110) nei limiti e alle condizioni di cui all'art. 83 lett. f LTF. 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il presidente  
La vicecancelliera

### **E. 1.3**

Tempi, immediatezza e facilità di preparazione

### **E. 1.4**

0.9 Pti Totale

## **E. 2**

L'insorgente lamenta innanzitutto la carenza di motivazione della decisione impugnata.

### **E. 2.1**

La natura e i limiti del diritto di essere sentito sono determinati innanzitutto dalla normativa procedurale cantonale: giusta l'art. 46 LPAm, ogni decisione deve essere motivata per scritto e intimata alle parti con l'indicazione dei mezzi e del termine di ricorso. L'obbligo di motivazione è volto ad assicurare la trasparenza dell'attività dell'amministrazione, a favorire la comprensione del provvedimento da parte degli interessati, a salvaguardare l'esercizio del loro diritto di difesa e a permettere all'istanza di ricorso di pronunciarsi sulla legittimità dell'atto impugnato (cfr. DTF 135 II 286 consid. 5.1, 123 I 31 consid. 2c; Marco Borghi/Guido Corti, Compendio di procedura amministrativa ticinese, Lugano 1997, ad art. 26, n. 1). L'art. 33 cpv. 2 della legge sulle commesse pubbliche del 20 febbraio 2001 (LCPubb; RL 730.100), applicabile al caso concreto grazie all'art. 4 cpv. 4 LCPubb,

prescrive che la decisione di aggiudicazione deve indicare succintamente i motivi che hanno condotto all'esclusione di determinati offerenti o offerte, i criteri di aggiudicazione adottati e i rimedi di diritto, con l'avvertenza che il ricorso non ha, per principio, effetto sospensivo. Ferma restando l'esigenza di soddisfare i requisiti minimi richiesti dalla predetta norma, le decisioni di esclusione e aggiudicazione devono essere in ogni modo convenientemente motivate, conformemente alle esigenze minime che discendono dal diritto di essere sentito ancorato all'art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione svizzera del 18 aprile 1999 (Cost., RS 101). Per risultare adeguata, la motivazione deve fornire una spiegazione ragionevole in ordine alle valutazioni operate dalla committenza. La stessa può anche essere succinta, risultare dai diversi considerandi componenti la decisione o fare riferimento ad altri atti, ma i destinatari della decisione devono essere posti nella condizione di esercitare compiutamente il loro diritto di ricorso (cfr. STF 2C\_583/2017 del 18 dicembre 2017 consid. 5.2.1, 2C\_630/2016 del 6 settembre 2016 consid. 5.2 e rimandi; STA 52.2017.315 dell'11 settembre 2017 consid. 2.1).

## **E. 2.2**

La violazione dell'obbligo di motivazione comporta di principio l'annullamento della decisione impugnata indipendentemente dalla fondatezza delle contestazioni di merito (cfr. DTF 135 I 187 consid. 2.2, 125 I 113 consid. 3e). Eventuali carenze di motivazione possono nondimeno essere sanate davanti all'istanza di ricorso: a tal fine occorre che il committente fornisca la motivazione mancante e che all'insorgente sia data la possibilità di prendere posizione sugli argomenti addotti (cfr. DTF 137 I 195 consid. 2.3.2; RDAT II-2002 n. 43; STA 52.2017.315 dell'11 settembre 2017 consid. 2.1 e rimandi; 52.2011.288 del 12 settembre 2011 consid. 2.1).

## **E. 2.3**

Nel caso concreto, nella decisione di delibera alla CO 1, il committente ha innanzitutto esposto la graduatoria, che vedeva al primo posto l'offerta di base dell'aggiudicataria con 493 punti. Ha inoltre escluso la variante della ricorrente, indicando quale motivo l'incompletezza della documentazione. In questa sede ha poi trasmesso il carteggio completo, tra cui figura il rapporto di delibera, dal quale emerge l'attribuzione dei punteggi per i singoli criteri di aggiudicazione. In relazione all'esclusione della variante della ricorrente, con la risposta la committenza ha spiegato di averla esclusa in quanto, oltre a non aver apposto la dicitura "variante" sull'offerta, l'insorgente non ha consegnato i macchinari per i test pratici, rinunciando alla loro valutazione. La motivazione fornita dalla stazione appaltante con la decisione impugnata contiene gli elementi essenziali che hanno permesso alla ricorrente di rendersi conto della portata del provvedimento. Nel merito delle valutazioni esperite sui criteri di aggiudicazione, la risoluzione non fornisce tuttavia alcun dettaglio. Le successive spiegazioni del committente, su cui l'insorgente ha avuto ampio modo di esprimersi dinanzi a questo Tribunale, che rivede liberamente fatti e diritto, permettono in ogni caso di ritenere sanata qualsiasi eventuale violazione dell'obbligo di motivazione da parte dell'autorità. La censura va quindi disattesa.

## **E. 3**

Sull'esclusione della variante presentata dall'insorgente non occorre dilungarsi. La ricorrente ha in un primo momento eccepito la carenza di motivazione della decisione impugnata su questo punto e, ipotizzando che l'estromissione fosse dovuta all'omissione della dicitura "variante" sul modulo d'offerta, ha contestato il provvedimento invocando il

principio della proporzionalità e il divieto di formalismo eccessivo. In seguito, messa di fronte alle spiegazioni della stazione appaltante, secondo cui la variante è stata esclusa principalmente perché l'insorgente ha rinunciato a sottoporre i propri macchinari ai test pratici, non ha (comprensibilmente) ribadito le proprie tesi. Dal tenore dell'e-mail dell'8 luglio 2021 della ricorrente (prodotto dalla committenza sub doc. 4), emerge infatti che la medesima era perfettamente consapevole che, in assenza dei citati test, la variante non sarebbe stata presa in considerazione per l'aggiudicazione. La censura cade quindi nel vuoto.

#### **E. 4**

La ricorrente sostiene che l'offerta della deliberataria meriti l'esclusione siccome ha offerto lo stesso modello di macchina da utilizzare dentro e fuori la sala operatoria, contrariamente a quanto previsto dal capitolato. La modifica delle condizioni di gara apportata su questo aspetto dal committente dopo la pubblicazione del bando di concorso sarebbe inammissibile.

##### **E. 4.1**

Di principio il committente può modificare le condizioni di gara prima dell'apertura delle offerte (STA 52.2018.208 del 18 agosto 2018 consid. 3.1 e rinvii). L'ammissibilità di una modifica, secondo giurisprudenza, richiede che siano rispettati i principi della parità di trattamento e della trasparenza. Cambiamenti importanti richiedono che gli offerenti abbiano la possibilità di calcolare di nuovo la loro offerta per intero ( Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurigo/Basilea/Ginevra 2013, n. 395). Qualora il committente intenda modificare in corso di procedura determinati requisiti o condizioni del concorso, il principio della parità di trattamento impone che la modifica sia comunicata a tutti coloro che hanno richiesto i documenti di gara. Inoltre, se l'oggetto dell'appalto è modificato in relazione a un aspetto importante, la committenza deve interrompere la procedura e riavviarla in modo che i nuovi potenziali offerenti abbiano la possibilità di presentare un'offerta per aggiudicarsi il nuovo appalto. Il quesito di sapere se ci si trova in presenza di una modifica sostanziale del progetto va valutato in concreto. La dottrina ammette l'esistenza di un simile cambiamento segnatamente quando questo si riflette nel valore del contratto, in modo tale da imporre la scelta di una procedura di rango superiore per il superamento di un determinato valore soglia, quando la modifica del progetto porta ad aspettarsi un'estensione del gruppo di potenziali offerenti o ancora quando ha un effetto notevole sulla base di calcolo del prezzo oppure comporta un cambiamento nei criteri di aggiudicazione ( Galli / Moser/ Lang/ Steiner , op. cit., n. 809).

##### **E. 4.2**

Nel caso concreto, il capitolato d'appalto descriveva l'oggetto della commessa al capitolo E, in cui ha previsto che la fornitura sarebbe stata composta da (punto E-6): · Stazioni di anestesia avanzate, per l'uso in Sala OP: Stazione Sala OP (E-6-1) · Stazioni di anestesia compatte, per l'uso fuori Sala OP: Stazione Fuori Sala OP (E-6.2) · Stazioni di anestesia per la pediatria / neonatologia: Stazione Neonatale (E-6.3) Per quanto attiene alla Stazione Sala OP, il committente, al punto E-6.1, ha indicato trattarsi di una Stazione di anestesia avanzata e moderna, dedicata all'uso in sala operatoria di tipo multi disciplinare. Adeguata al trattamento dei pazienti adulti e pediatrici. Nelle posizioni seguenti del capitolato, l'ente appaltante ha descritto le caratteristiche richieste in relazione a diversi aspetti tecnici. Per

quanto attiene invece alla stazione fuori sala OP, il capitolato prevedeva quanto segue (punto E-6.2): Stazione di anestesia moderna, dedicata all'uso nelle sale di preparazione o all'esterno del blocco operatorio. Adeguata al trattamento dei pazienti adulti e pediatrici. Il committente desidera dotarsi di una stazione compatta, cioè di dimensioni oggettivamente ridotte e quindi di minor ingombro fisico (misurabile fisicamente) rispetto alla stazione per l'impiego in sala operatorie (E-6.1). NON saranno perciò accettate soluzioni che prevedono l'impiego del medesimo apparecchio offerto per Sala OP (E-6.1). Anche per questo tipo di apparecchio, il committente ha quindi descritto i parametri richiesti. Infine, per la stazione neonatale, il capitolato annunciava quanto segue (punto E-6.3): Stazione di anestesia adeguata al trattamento di pazienti neonatali ( $\geq 1.5$  kg), con le medesime caratteristiche della Stazione Sala OP secondo quanto descritto al paragrafo E-6.1. Preferibilmente la stazione offerta alla posizione E-6.1 risponde in maniera nativa a questo requisito. In alternativa il concorrente è libero di scegliere come soccombere a questa mancanza: - Attraverso l'implementazione delle opzioni necessarie per l'impiego dell'apparecchio su pazienti neonatali; - Attraverso l'offerta di un altro modello di apparecchio, che abbia però caratteristiche simili (soluzione meno gradita al committente).

#### **E. 4.3**

Con scritto dell'11 giugno 2021, inviato a tutte le ditte partecipanti al concorso, il committente ha risposto alle domande pervenute entro il termine fissato dal bando di concorso a questo scopo. Tra queste, ha riportato il seguente quesito e fornito la relativa risposta in relazione al punto E-6.2 delle condizioni di gara: Domanda: Perché non si può usare la stessa macchina per sala OP, sistemi fuori sala e stazione neonatale? Se un tipo di macchina soddisfa i requisiti clinici ed ergonomici descritti, non c'è motivo per cui la stessa macchina non debba essere usata in tutte le aree. Risposta: Come specificato dal bando al punto E-6, il committente intende dotarsi di stazioni di anestesia avanzate per l'uso in Sala OP e di stazione di anestesia compatte, principalmente per l'uso nelle sale di preparazione e/o esterno alla Sala OP. Idealmente la stazione destinata all'uso in Sala OP (E-6.1) è di tipo "high-end") e dispone delle funzionalità avanzate per l'esecuzione di trattamenti d'anestesia all'avanguardia. Infatti la disponibilità di queste funzionalità sarà giudicata positivamente ai fini della valutazione globale (vedasi punto C-2.2.3 del bando). Idealmente le stazioni di anestesia destinate all'uso nelle sale di preparazione e/o esterne alla Sala OP (E-6.2) sono oggettivamente compatte e quindi del minor ingombro fisico possibile, ma allo stesso tempo permettono trattamenti di anestesia al passo con i tempi. Anche in questo caso la disponibilità di funzionalità avanzate sarà giudicata positivamente ai fini della valutazione globale (vedasi punto C-2.2.3 del bando). Contrariamente a quanto indicato dal bando il concorrente è libero di offrire una soluzione che prevede l'impiego del medesimo apparecchio per entrambi i casi (E-6.1 e E-6.2). Ogni concorrente deve comunque tener conto delle considerazioni di cui sopra.

#### **E. 4.4**

Con questa risposta, il committente ha effettivamente modificato una condizione del concorso, ammettendo l'offerta del medesimo apparecchio da utilizzare sia in sala operatoria sia al di fuori di essa, purché tutti i requisiti tecnici richiesti fossero rispettati. Il correttivo, seppur di un certo rilievo, non può ancora essere considerato una modifica sostanziale del progetto alla luce della giurisprudenza sopra citata. Questo è stato inoltre comunicato a tutti i partecipanti tempestivamente, a tre settimane dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, in modo che questi avevano ancora il tempo di semmai

rielaborare la propria proposta di conseguenza, nel caso in cui disponessero di un apparecchio in grado di soddisfare le esigenze poste per l'una e l'altra stazione. Occorre quindi concludere per l'ammissibilità della modifica della predetta disposizione di concorso. Di conseguenza, l'offerta dell'aggiudicataria non disattende le condizioni di gara per il semplice fatto di contemplare lo stesso tipo di apparecchio per le stazioni di anestesia fuori e in sala operatoria.

## **E. 5**

La ricorrente contesta poi la valutazione delle offerte in relazione al criterio di aggiudicazione riscontro dei test pratici. Dopo aver messo in dubbio che gli apparecchi dell'aggiudicataria siano effettivamente stati provati dal committente, sostiene che dai protocolli forniti da quest'ultimo, lacunosi e incompleti, i risultati sarebbero incomprensibili. Inoltre, non sarebbe stato applicato il metodo di giudizio annunciato nel bando di concorso.

### **E. 5.1**

Come accennato in narrativa, il terzo criterio di aggiudicazione, di tipo qualitativo, riguarda il riscontro dei test pratici effettuati sui dispositivi. In merito allo svolgimento degli stessi, gli atti di gara prescrivevano quanto segue (punto B-9). Il committente desidera organizzare un test pratico per un periodo di tempo limitato. A questo scopo il concorrente metterà a disposizione del committente un esemplare per ognuno dei prodotti offerti e che in alternanza, secondo un calendario definito, saranno installati presso le sedi designate dal committente per un periodo di tempo limitato (presumibilmente 2 settimane), dove gli utenti a turno potranno eseguire le prove del caso e valutare le soluzioni in gara. Il concorrente provvederà alla configurazione iniziale degli apparecchi e al loro interfacciamento con i monitor Philips per la rilevazione dei parametri emodinamici (vedi E-10, messi a disposizione dal committente). Il concorrente provvederà ugualmente a fornire al committente, per tutta la durata prevista dai test, il materiale necessario per l'utilizzo corretto dei sistemi, incluso il materiale di consumo es: calce sodata, circuiti paziente, ecc.). Per ogni installazione il concorrente provvederà a fornire una breve presentazione iniziale ed una formazione di base pratica sugli apparecchi, secondo quanto descritto al punto E-8.1. Il concorrente, per il tramite dei propri tecnici, sarà inoltre a disposizione per assistere gli operatori nel corretto impiego degli apparecchi, con presenza fisica sul posto, quando e laddove richiesto dal committente. Il calendario dettagliato, così come le informazioni organizzative, saranno comunicate in seguito. Il committente si riserva il diritto di annullare, spostare o posticipare il test, anche in funzione della situazione sanitaria. Per quanto attiene alla valutazione del criterio di aggiudicazione riscontro dei test pratici, il capitolato d'appalto prevedeva quanto segue (punto C-2.3.1 in relazione alla stazione sala OP, del tutto analogo al punto 2.3.2 in relazione alla stazione fuori sala OP segg.). La valutazione è costituita da un test pratico che si svolgerà nei differenti istituti secondo quanto descritto in B-9. Si valuteranno in particolare: - Usabilità generale e semplicità d'uso delle funzioni cliniche - Completezza delle funzionalità cliniche - Interfaccia utente - Tempi, immediatezza e facilità di preparazione - Gestione situazioni di emergenza - Ergonomia e configurazione del sistema - Attività collaterali: pulizia; manutenzione giornaliera Il committente esprimerà un giudizio indicando una di queste tre possibilità: - La proposta/prodotto è OTTIMALE e raccoglie l'approvazione. - La proposta/prodotto è UTILIZZABILE, ma non ottimale. - La proposta/prodotto è INUTILIZZABILE (con giustificazione delle motivazioni). La nota viene attribuita sulla

base delle presenti regole: Tutti gli aspetti raccolgono l'approvazione

## **E. 5.2**

Per questo criterio, tutte le offerte hanno ottenuto la nota 4. Il committente ha organizzato l'esecuzione dei test presso quattro ospedali. La valutazione dei singoli utenti incaricati di provare gli apparecchi è confluita in una tabella che riporta dapprima i punteggi per singolo ospedale Stazione Sala OP Usabilità generale e semplicità d'uso delle funzioni cliniche

## **E. 6**

Punteggio superiore al 90% dei punti ottenuti dal concorrente con la valutazione più alta 5  
Punteggio superiore al 75% dei punti ottenuti dal concorrente con la valutazione più alta 4  
Punteggio uguale o superiore al 50% dei punti ottenuti dal concorrente con la valutazione più alta 3  
Punteggio inferiore al 75% dei punti ottenuti dal concorrente con la valutazione più alta 1

### **E. 6.1**

Per i primi due sotto criteri, il committente ha previsto il seguente metodo di valutazione (capitolato punto C-2.2.1 per la Stazione Sala OP, del tutto analogo al punto C-2.2. riferito alla Stazione Fuori Sala OP). La nota viene attribuita in funzione dei capitoli previsti dal questionario tecnico che ogni concorrente è chiamato a compilare. In base alle risposte fornite nel questionario, così come ad altre informazioni pertinenti raccolte nella documentazione consegnata durante le presentazioni e/o i test. Il committente attribuisce a ogni capitolo/sezione del questionario un punteggio tra 0 e 2, secondo questa regola: - 2, se per quella sezione il prodotto offerto è superiore agli altri; - 1, se per quella sezione il prodotto è in linea con gli altri; - 0, se per quella sezione il prodotto è globalmente inferiore agli altri. Nel caso di solo due offerte in gara, la differenza di punteggio tra i concorrenti sarà limitata ad un solo punto. La somma dei punteggi permetterà di attribuire la nota secondo questa tabella: Punteggio più alto tra tutti i concorrenti

### **E. 6.2**

Per il sotto criterio livello tecnico dei prodotti - Stazione Sala OP , il committente ha assegnato la nota 6 all'offerta risultata vincitrice e la nota 5 a quella dell'insorgente. Per il sotto criterio livello tecnico dei prodotti - Stazione Fuori Sala OP l'aggiudicataria ha ottenuto la nota 6, mentre la ricorrente la nota 4. In entrambi i casi la nota è stata assegnata sulla base del punteggio attribuito in relazione a molteplici parametri tecnici, riassunti in una dettagliata tabella. Per la Stazione Sala OP sono stati attribuiti 18 punti all'offerta dell'aggiudicataria e 17 a quella dell'insorgente; per la Stazione Fuori Sala OP la deliberataria ha ottenuto 18 punti, mentre la ricorrente 16.

### **E. 6.3**

L'insorgente critica innanzitutto la valutazione per quanto attiene all'aspetto self test in entrambi i sotto criteri, per cui il committente ha assegnato due punti all'offerta vincitrice e uno alla ricorrente. Come si evince dalle tabelle allestite dalla committenza, a pesare sulla valutazione è la durata del self-test , 3 minuti e 20 secondi quella della deliberataria, 7 minuti (rispettivamente 8 fuori sala OP) quella della ricorrente. L'insorgente mette in dubbio l'attendibilità della tempistica indicata dall'aggiudicataria, sostenendo che l'esecuzione del self-test richiede diversi passaggi che neppure un utente esperto sarebbe in grado di eseguire in così breve tempo. Inoltre, sostiene che il proprio apparecchio offrirebbe funzionalità superiori, quali il self-test automatico dopo l'avvio, senza necessità di

interazione con l'utente. La propria offerta avrebbe quindi meritato almeno lo stesso punteggio per questo specifico parametro.

#### **E. 6.4**

La ricorrente contesta inoltre il punteggio assegnato in relazione alle caratteristiche degli allarmi , per cui l'aggiudicataria ha ottenuto 1 punto e la ricorrente 0. La valutazione, che dipende dall'assenza di un allarme per frequenza respiratoria alta nell'apparecchio dell'insorgente, non si fonderebbe su motivi oggettivi sufficienti. La mancanza di questo allarme sarebbe invece indice di una macchina più evoluta e meriterebbe un giudizio migliore di quello ricevuto dalla deliberataria.

#### **E. 6.5**

La ricorrente rimprovera infine alla stazione appaltante di non aver tenuto conto di altri aspetti determinanti. In particolare la sicurezza degli apparecchi, per i quali essa offrirebbe prestazioni superiori in relazione alla resistenza agli urti e ai liquidi. Inoltre, non avrebbe dato il giusto peso alle caratteristiche dei propri macchinari per quanto attiene al consumo di gas dei sistemi, decisamente inferiore rispetto a quanto è in grado di offrire l'aggiudicataria.

#### **E. 6.6**

Preso atto delle doglianze della ricorrente, l'ente appaltante osserva che essa ha posto l'accento su funzionalità particolari. Queste, soggiunge, non potrebbero essere messe a confronto, perché magari un apparecchio le ha e l'altro no. Esse, di contro, risaltano dalle verifiche concrete in istituto; nella fase di test non sarebbero tuttavia emerse differenze suscettibili di scavare il solco che la ricorrente pretenderebbe esistere tra i suoi prodotti e quelli della deliberataria. Secondo il committente, entrambe le soluzioni sono valide e soddisfano i requisiti del bando e di chi li ha provati. In sintesi, ha concluso, non è detto che una macchina più avanzata, o che si pretende tale, sia la più indicata per il servizio richiesto. Senonché, agli atti non vi è traccia di riscontri concreti che sarebbero emersi in fase di test sugli aspetti segnalati dall'insorgente. Non è quindi dato di sapere se effettivamente il committente abbia verificato - tra le altre cose - la plausibilità della tempistica indicata dall'aggiudicataria per l'esecuzione del self-test né se abbia in qualche modo valutato le specifiche funzionalità degli allarmi degli apparecchi offerti dall'insorgente. Le generiche considerazioni dell'ente appaltante non permettono al Tribunale di verificare se esso ha acquisito una cognizione adeguata delle funzionalità delle macchine e di conseguenza se nella valutazione ha esercitato correttamente il potere discrezionale riservatogli dalla legge. Anche questa censura è quindi fondata. Spetta quindi alla stazione appaltante assumere gli elementi necessari e procedere a una valutazione attendibile delle funzionalità dei macchinari.

#### **E. 7**

La ricorrente mette in dubbio la correttezza della valutazione dell'offerta della deliberataria in relazione ai sotto criteri referenze sala OP e referenze fuori sala OP nei quali ha ottenuto la nota 6 . Trattandosi di un macchinario sul mercato da poco tempo, dubita che l'aggiudicataria sia riuscita a presentare quattro referenze per l'apparecchio destinato all'uso all'interno della sala operatoria e altre quattro referenze (diverse) di forniture destinate all'uso esterno alla sala operatoria.

#### **E. 7.1**

Le cosiddette referenze servono essenzialmente ad attestare la capacità tecnica del concorrente di realizzare l'opera messa a concorso, rispettivamente di fornire la prestazione oggetto della commessa. Forniscono quindi anzitutto informazioni sull'idoneità del concorrente e non sulla bontà dell'offerta. Dottrina e giurisprudenza ammettono tuttavia la possibilità di utilizzarle come criteri d'aggiudicazione, in quanto atte a permettere al committente di esprimere indirettamente anche un giudizio sulla qualità dell'offerta, in particolare nei casi in cui hanno rilievo l'esperienza e la capacità professionale (cfr. DTF 139 II 489 consid. 2.1-2.2 con rinvii alla giurisprudenza e alla dottrina; RtiD I-2012 n. 14 consid. 2.2.1; R DAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; cfr. inoltre Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner , *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3 ed., Zurigo 2013, n. 618 segg.; Martin Beyeler , *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, Friburgo 2008, pag. 64 segg.). Di regola, le referenze sono costituite da lavori analoghi, eseguiti dal concorrente con soddisfazione del committente, in epoca preferibilmente recente e per quanto possibile con il medesimo personale, soprattutto dirigente (quadri, specialisti; RtiD II-2017 n. 13 consid. 4.3, I-2012 n. 14 consid. 2.2.1; R DAT II- 2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2017.530 del 5 marzo 2018 consid. 2.3).

### **E. 7.2**

Nella valutazione delle referenze, il committente fruisce di un ampio margine discrezionale, il cui esercizio può essere censurato da parte dell'autorità di ricorso unicamente nella misura in cui integra gli estremi della violazione del diritto, segnatamente sotto il profilo dell'abuso di potere (art. 16 cpv. 1 lett. a CIAP; cfr. Marco Borghi/Guido Corti , *Compendio di procedura amministrativa ticinese*, Lugano 1997, n. 2d ad art. 61). Presupposto irrinunciabile ai fini dell'esercizio di tale potere da parte del committente è un'adeguata conoscenza delle prestazioni fornite a terzi, che vengono addotte dai singoli concorrenti a titolo di referenza. Questa esigenza richiama, a sua volta: - la produzione, da parte dei concorrenti, di un'esauriente documentazione, che le descriva in dettaglio, specificandone le caratteristiche, l'importanza e l'epoca in cui sono state effettuate; - una circostanziata verifica, da parte del committente, delle indicazioni fornite dai concorrenti, esperita secondo criteri uniformi ed eventualmente integrata dall'assunzione di informazioni supplementari, adeguatamente protocollate; - una congrua motivazione della valutazione operata dal committente, che permetta ai concorrenti di eventualmente esercitare i loro diritti di difesa e consenta nello stesso tempo all'autorità di ricorso di pronunciarsi con sufficiente cognizione di causa sulla correttezza dell'apprezzamento (RtiD I-2010 n. 25, consid. 4.3 con rinvii; R DAT II-2004 n. 21 consid. 3.1; STA 52.2012.386 citata, consid. 2.2 ). Spesso, i committenti si accontentano di una generica e sommaria indicazione delle referenze, che valutano fondandosi sulle particolari conoscenze del settore interessato, di cui dispongono i loro consulenti (RtiD I-2010 n. 25 consid. 4.3; STA 52.2015.73 del 12 maggio 2015 consid. 2, 52.2008.223 del 10 luglio 2008 consid. 2).

### **E. 7.3**

Il bando di concorso prevedeva un criterio di aggiudicazione concorrente , composto da tre sotto criteri, tra cui referenze stazione sala OP e referenze fuori sala OP. Il metodo di valutazione dei predetti sotto criteri era il seguente (capitolato, punto C-2.4.2 per le stazioni Sala OP, del tutto analogo al punto C-2.4.3 per le referenze Stazione Fuori Sala OP): Le referenze per opere simili effettuate negli ultimi 5 anni dall'inoltro dell'offerta devono essere comprovate dalla ditta offerente mediante la compilazione delle schede facenti parte della sezione G "Informazioni relative all'offerente". In caso contrario o di mancata

compilazione, il committente assegnerà la nota 1. Le liste di referenze prestampate dal concorrente non saranno prese in considerazione nella valutazione dell'offerta. Sono considerate referenze unicamente: - Sistemi di anestesia dello stesso modello di quello offerto - Il numero di apparecchi installati è maggiore o uguale a 3 In caso di filiale: le referenze della filiale che inoltra l'offerta. In caso di succursale: sono ammesse anche le referenze della casa madre. Valutazione referenze: Almeno 4 referenze, tutte in Svizzera 6 Almeno quattro referenze di cui due in Svizzera 4 Almeno quattro referenze di cui una in Svizzera 3 Almeno due referenze 2 Nessuna referenza 1

#### **E. 7.4**

L'aggiudicataria ha compilato gli appositi spazi dell'offerta indicando quattro referenze per gli apparecchi all'interno della sala operatoria e quattro referenze identiche per la parte dedicata alle Due referenze (n. 2 e 3) si riferiscono a forniture non ancora eseguite al momento della scadenza dell'offerta e andavano pertanto scartate in quanto non conformi alle esigenze poste dal bando di concorso. Esse non sono infatti in grado di attestare l'esperienza del concorrente, rispettivamente la soddisfazione del committente in relazione alla prestazione non ancora compiuta. Già per questo motivo, la valutazione dei predetti criteri con l'assegnazione del punteggio pieno non può essere tutelata. Per quanto attiene alle altre due referenze addotte, non è dato di sapere se il committente abbia esperito accertamenti riguardo alla destinazione degli apparecchi forniti. Come giustamente sostiene la ricorrente, una referenza può essere considerata utile alla valutazione del sotto criterio referenza sala OP soltanto se attesta una fornitura di apparecchi adibiti all'uso in sala operatoria. Viceversa, le referenze addotte in relazione al criterio referenze fuori sala OP devono necessariamente attestare la consegna di macchine da impiegare fuori dalla sala operatoria. Anche se il prodotto dell'insorgente è utilizzabile sia nell'una sia nell'altra situazione, il committente ha comunque impostato il bando richiedendo stazioni di anestesia ben distinte. Anche laddove ha ammesso l'offerta di un prodotto uguale per l'uno e l'altro impiego, ha precisato che tutte le caratteristiche richieste per lo specifico utilizzo dovevano essere presenti. Di conseguenza, l'analogia tra l'oggetto della referenza e il prodotto offerto può essere data solo se vi è identità nella destinazione della macchina. In assenza di elementi al riguardo, tocca al committente procedere a una nuova valutazione, previa raccolta delle informazioni necessarie.

#### **E. 8**

Visto quanto precede, il ricorso va accolto e la decisione impugnata annullata. I vizi riscontrati non impediscono una nuova valutazione delle offerte secondo le prescrizioni di gara. Non si impone quindi di annullare l'intero concorso, come richiesto in via subordinata dal committente. Gli atti devono invece essere rinviati a quest'ultimo affinché proceda a una nuova delibera, previa assunzione delle informazioni necessarie e valutazione di tutte le offerte valide pervenute.

#### **E. 9**

L'emanazione del presente giudizio rende superflua l'evasione della domanda tendente alla concessione dell'effetto sospensivo al ricorso.

#### **E. 10**

Secondo giurisprudenza, il rinvio dell'incanto all'istanza precedente per procedere a complementi istruttori, con esito aperto, comporta che chi ricorre sia considerato come vincente (STF 2C\_1185/2016 del 7 giugno 2018 consid. 6.2 con riferimenti). La tassa di

giustizia è quindi posta a carico del committente (art. 47 cpv. 1 LPAmM). Esso rifonderà all'insorgente congrue ripetibili (art. 49 cpv. 1 LPAmM). L'aggiudicataria, che non ha resistito al gravame, va invece esente da spese. Per questi motivi, decide: 1. Il ricorso è accolto. Di conseguenza:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.