

Publicato il 15/06/2020

N. 03808/2020REG.PROV.COLL.
N. 09675/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9675 del 2019, proposto da The Binding Site S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Curzi e Riccardo Pagani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Britta Venturino, Sonia Gasparri, Julia Peterlini, Maurizio Calò e Alfredo Ludovico Ernesto Pischedda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maurizio Calò in Roma, via Cassiodoro 19;

Azienda Sanitaria dell'Alto Adige - Provincia Autonoma Bolzano Alto Adige, Comprensorio Sanitario di Bolzano, non costituita in giudizio;

nei confronti

Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti e Lorella

Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - Sezione Autonoma di Bolzano, n. 205/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano e della Siemens Healthcare S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Francesco De Luca nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2020, svoltasi, ai sensi dell'art. 84 comma 5, del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, attraverso l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso in primo grado l'odierno appellante ha impugnato: a) la nota del 21.3.2019, con la quale l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige aveva comunicato alla ricorrente di aver aggiudicato alla ditta SIEMENS HEALTHCARE S.r. la procedura aperta EC13/2018 *"per la fornitura quinquennale di reattivi diagnostici con noleggio di apparecchiatura totalmente automatizzata al settore diagnostica delle proteine (nefelometria/turbidimetria/immunometria) del Laboratorio Centrale di Patologia Clinica del Comprensorio Sanitario di Bolzano e del Laboratorio di Patologia Clinica del Comprensorio di Merano"*; b) la Determinazione, prot. n. 2019 DS 000504 del 20.03.2019, con la quale il Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano aveva aggiudicato la gara alla Siemens Healthcare; c) i verbali di riunione della Commissione Giudicatrice e, nello specifico, il verbale del 12.02.2019 e del 27.02.2019, con i quali la stazione appaltante aveva analizzato e attribuito il punteggio alla offerta tecnica proposta da Siemens Helthcare S.r.l; d) il verbale di aperura delle offerte economiche del 5.03.2019; nonché, *"limitatamente*

alla parte in cui consentano l'adozione dei provvedimenti impugnati in via principale e ne costituiscano presupposto giuridico", il bando di gara, il Disciplinare di gara, il capitolato tecnico, i chiarimenti pronunciati in corso di gara, ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso.

A fondamento del ricorso l'odierno appellante ha articolato plurimi motivi di impugnazione, con cui ha contestato le valutazioni espresse dalla Commissione in ordine:

- al punto 10 dei requisiti obbligatori/minimi dell'appendice tecnica posta a base di gara, richiedente una *"stabilità dei reagenti aperti on board minimo 20 giorni"*, requisito ritenuto non integrato dai reagenti offerti in gara dalla Siemens Helthcare S.r.l;

- al punto 14 dei requisiti qualitativi di aggiudicazione dell'Appendice Tecnica – secondo cui, per la stabilità dei reagenti aperti on board, poteva essere attribuito un punteggio di zero in caso di valore inferiore a 30 giorni e di quattro punti in caso di valore uguale o superiore a trenta giorni – tenuto conto che la società aggiudicataria aveva ricevuto per siffatto parametro il punteggio massimo, nonostante avesse presentato reagenti recanti una stabilità inferiore a 30 giorni;

- al punto 4 dei requisiti qualitativi di aggiudicazione dell'Appendice Tecnica – secondo cui, per il numero di posti vano reattivi, poteva essere attribuito un punteggio di zero in caso di valore inferiore a 25 posti, di due punti per un valore compreso tra 25 e 29 posti e di quattro per un valore uguale o superiore a 30 posti – tenuto conto che la società aggiudicataria aveva ottenuto il punteggio massimo, sebbene per il dosaggio degli analiti richiesti in gara necessitasse di 5 flaconi di soluzioni supplementari da alloggiare nel vano reattivi, con conseguente valorizzazione di soli 25 vani utili per la posizione dei reagenti;

- al punto 11 dei requisiti qualitativi di aggiudicazione dell'Appendice Tecnica – secondo cui, per la disponibilità di confezioni con meno di 100

test per il 50% degli analiti elencati in tabella 1, poteva essere attribuito un punteggio di zero in caso di valore inferiore o uguale al 50% degli analiti elencati in tabella 1, di cinque punti per un valore superiore al 50% – tenuto conto che la ricorrente aveva riportato zero punti, sebbene il prodotto offerto fosse equivalente a quello proposto dalla controinteressata, che aveva, invece, riportato il massimo punteggio; difatti, la ricorrente aveva offerto un prodotto avente una stabilità dei reattivi, una volta aperti, superiore ai due mesi, sicché un confezionamento con un numero di 100 test e una stabilità pari a 2 mesi avrebbe dovuto ritenersi equivalente ad un confezionamento con un numero di test pari a 50 e una stabilità pari a un mese, proposto dall'aggiudicataria; avuto riguardo, peraltro, alla circostanza per cui soltanto in quattro casi, riconducibili al fabbisogno dell'Ospedale di Merano, sussisteva una reale esigenza di un numero di determinazioni inferiore ai 100 test nell'orizzonte temporale mensile.

Il ricorrente ha, altresì, contestato i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, ove ritenuti idonei a modificare la documentazione di gara, nonché l'ineffettività del riscontro alle richieste di chiarimento, tradottosi nella mera ripetizione della previsione di gara.

2. Il ricorrente ha proposto motivi aggiunti avverso i medesimi provvedimenti già impugnati con il ricorso principale, deducendo nuovi profili di censura alla stregua della documentazione prodotta nel corso del processo, ritenuta idonea a confermare la fondatezza dei vizi di legittimità già articolati con l'atto introduttivo del giudizio (con specifico riferimento alla stabilità on board dei reagenti offerti dall'aggiudicataria).

3. La società controinteressata e l'Azienda sanitaria si sono costituite in giudizio, al fine di resistere al ricorso.

4. Il Tar, a definizione della controversia, ha rigettato il ricorso principale e i motivi aggiunti, tenuto conto che:

- i valori indicati dalla controinteressata sul punto 10 dell'appendice tecnica specificavano la stabilità che si raggiunge nella combinazione del

sistema Atelica NEPH 630, offerto da Siemens, dato da reagenti e tappi antievaporazione, mentre la documentazione sulla quale la ricorrente fondava la propria censura riguardava le schede tecniche dei soli reagenti, cioè una documentazione parziale, nella quale i valori indicati si riferivano alla stabilità dei reagenti, senza l'incremento di durata data dalla combinazione dei reagenti stessi con la tecnologia dei tappi antievaporazione; pertanto, posto che oggetto della gara era la fornitura di reattivi diagnostici con il noleggio dell'apparecchiatura automatizzata di diagnostica, cioè di un "sistema" composto da reagenti e strumentazione di analizzazione, dalla combinata lettura della scheda tecnica dei reagenti e della dichiarazione integrativa prodotta dalla controinteressata in ordine alla idoneità dell'analizzatore a garantire la stabilità dei reagenti, si desumeva la sussistenza del requisito minimo della stabilità on board richiesto dalla *lex specialis*, assicurata dalla combinazione del sistema Atelica NEPH 630, offerto da Siemens;

- non risultava dedotto alcun convincente argomento riguardo alla pretesa contraddittorietà della dichiarazione resa da Siemens sull'incremento di durata della stabilità dei reagenti in combinazione con i tappi antievaporazione, pure oggetto di offerta, con la scheda tecnica dei soli reagenti, privi dei tappi; in ogni caso, nel corso del giudizio Siemens aveva fornito una dichiarazione del fabbricante del sistema Atelica NEPH 630 nella quale veniva ulteriormente attestata una stabilità superiore a 20 giorni di FLC Kappa, FLC Lambda; IgA Liquor; IgM Liquor, IgG1 e IgG2 Prealbumina, nonché un video sul funzionamento dell'analizzatore anche senza tappi. Detta documentazione, lungi dal costituire un inammissibile chiarimento postumo dell'offerta, costituiva la mera conferma di quanto già attestato nella dichiarazione sui "requisiti minimi", già resa in gara da Siemens;

-la documentazione offerta in gara da Siemens consentiva di ritenere, altresì, che la durata dei reagenti non fosse inferiore ai 30 gg., anche ai fini

dell'attribuzione del punteggio aggiuntivo nell'ambito della valorizzazione dell'offerta tecnica;

- il punto 4 dell'appendice tecnica aveva riguardo al solo numero di posti presenti nel vano reagenti della strumentazione offerta, senza fare cenno allo scopo della stazione appaltante di volersi assicurare, tramite detto criterio, il maggiore quantitativo di esami eseguibili contemporaneamente; la stazione appaltante, con apposito chiarimento in riscontro a quesito, aveva precisato che “anche se (è) noto che per la determinazione di alcuni analiti i reagenti potrebbero occupare più posti vano su un determinato strumento il punto 4 dei criteri di aggiudicazione rimane invariato”, confermando così che ai fini dell'attribuzione del punteggio contasse unicamente il numero dei posti vano occupati dai reattivi, compresi, dunque, quelli supplementari;

- in relazione al punto 11 dei criteri di valutazione, la stazione appaltante già nel corso del procedimento di gara, con i chiarimenti forniti con la risposta al quesito della ricorrente (che appunto chiedeva la equiparazione tra il kit con 50 test e stabilità dei reagenti un mese e il kit con 100 test e stabilità dei reagenti maggiore di 2 mesi) –nell'esercizio dei suoi poteri tecnico-discrezionali – aveva confermato la predetta clausola nei termini numerici (50 test con stabilità 1 mese) da essa risultanti; occorre, quindi, confermare la correttezza dell'operato della Commissione tecnica, la quale, in mancanza di esplicitazione circa le finalità perseguite dalla P.A. con la previsione del criterio in esame, aveva vagliato l'offerta TBS alla stregua delle prescrizioni della *lex specialis* e, riscontrando la non corrispondenza del prodotto offerto con le specifiche prestazionali richieste, non aveva potuto fare altro che assegnare a TBS un punteggio pari a zero.

4. Il ricorrente in primo grado ha proposto appello avverso la sentenza del Tar, chiedendone la riforma e/o l'annullamento sulla base di quattro motivi di impugnazione.

5. Si sono costituiti in giudizio l’Azienda Sanitaria e la società aggiudicataria, al fine di resistere all’appello, depositando memoria difensiva in vista della camera di consiglio fissata per la discussione della domanda cautelare.

La parte appellante ha ulteriormente illustrato le proprie deduzioni mediante memoria difensiva depositata in data 20 gennaio 2020.

6. Con ordinanza n. 293 del 2020 la Sezione ha rigettato la domanda cautelare articolata dall’appellante.

7. In vista dell’udienza di merito l’appellante e la controinteressata in primo grado hanno depositato memorie difensive e repliche, insistendo nelle rispettive argomentazioni.

8. La causa è stata trattenuta in decisione all’udienza del 23 aprile 2020.

DIRITTO

1. Preliminarmente, in assenza di eccezione di parte, deve essere dichiarata l’utilizzabilità delle memorie e delle repliche depositate in vista dell’udienza di merito, nonostante tali atti difensivi siano stati acquisiti al giudizio in pendenza del periodo di sospensione dei termini processuali di cui all’art. 84, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27 (ai sensi del quale “*Fatto salvo quanto previsto dal comma 2, dall’8 marzo 2020 e fino al 15 aprile 2020 inclusi si applicano le disposizioni del presente comma. Tutti i termini relativi al processo amministrativo sono sospesi, secondo quanto previsto dalle disposizioni di cui all’articolo 54, commi 2 e 3, del codice del processo amministrativo...*”).

Difatti, l’art. 84 cit., sebbene richiami espressamente la disciplina di cui all’art. 54, commi 2 e 3, c.p.a. – dettata da previsioni ordinarie, poste a tutela del pubblico interesse al corretto e celere svolgimento del giudizio, come tali sottratte al potere dispositivo delle parti e idonee a determinare decadenze processuali rilevabili d’ufficio – deve essere inteso ed applicato nell’ambito del complessivo intervento normativo in cui è inserito.

In particolare, con il D.L. n. 18/20 sono state adottate “*misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”, afferenti, altresì, alla materia della giustizia amministrativa (art. 84). Per quanto più di interesse nel presente giudizio, il legislatore ha previsto, da un lato, la sospensione dei termini processuali per il periodo 8 marzo 2020 – 15 aprile 2020 (comma 1, art. 84), dall'altro, su istanza di parte, “*la rimessione in termini in relazione a quelli che, per effetto del secondo periodo del comma 1, non sia stato possibile osservare...*” (comma 5, art. 84 cit; non rileva, invece, nella presente sede la sospensione dei termini per la notificazione dei ricorsi ex art. 36 d.l. n. 23/20 conv. in L. n. 40/20).

Le disposizioni risultano applicabili, tra l'altro, ai termini da computarsi a ritroso con scadenza nel periodo di sospensione di cui all'art. 84, comma 1, cit (fattispecie rilevante nella presente sede, in cui si fa questione del deposito di documenti, memorie e repliche, con scadenza ex artt. 73, comma 1, 119 e 120 c.p.a., rispettivamente, venti, quindici e dieci giorni liberi prima dell'udienza di merito fissata per il giorno 23 aprile 2020); per l'effetto, costituendo il periodo di sospensione dei termini processuali una parentesi oltre la quale il conteggio deve proseguire fino ad esaurimento (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12044 del 17/05/2010), in caso di termini a ritroso ricadenti nel periodo di sospensione, la scadenza deve essere anticipata a data anteriore all'inizio della sospensione.

Pertanto, l'applicazione dell'art. 84, comma 1, secondo periodo, cit. ha avuto l'effetto di anticipare i termini per la produzione di documenti e memorie ex art. 73, comma 1, c.p.a. ad una data anteriore all'8 marzo 2020 e, quindi, antecedente alla emanazione dello stesso decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 recante la misura processuale in commento, con conseguente maturazione di una decadenza non imputabile alla parte.

Per rimediare a tale effetto decadenziale, è stato riconosciuto in capo alla parte il potere di chiedere la rimessione in termini per quei termini che “*per effetto del secondo periodo del comma 1*” non sia stato possibile rispettare; dovendo, in tali ipotesi, il giudice adottare ogni conseguente provvedimento per l’ulteriore e più sollecito svolgimento del processo.

In via generale, la decadenza per inosservanza di termini processuali è rilevabile d’ufficio, in quanto conseguente alla violazione di un regime giuridico posto a garanzia dell’interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo (Cass. Sez. I, Sentenza n. 11318 del 27/05/2005).

L’applicazione di tali coordinate ermeneutiche al caso di specie condurrebbe a ritenere non soltanto che l’appellante e la controinteressata in primo grado siano decadute dalla facoltà di presentare memorie e repliche, ma che tale decadenza sia pure rilevabile d’ufficio, con conseguente necessità di dichiarare l’inammissibilità delle difese e delle eccezioni tardivamente opposte dalle parti nell’ambito del presente giudizio.

Tale conclusione, tuttavia, da un lato, non sembra imposta dal dato letterale e da quello sistematico, dall’altro, pare confliggere con la speciale *ratio* sottesa al regime di tutela dettato dall’art. 84 cit.

Il dato positivo in commento, in primo luogo, non attribuisce espressamente al giudice il potere di dichiarare la decadenza delle parti dalle facoltà processuali che sarebbero state ordinariamente esercitabili nel periodo 8 marzo 2020 – 15 aprile 2020 e che, per effetto dell’art. 84, comma 1, secondo periodo, cit., avrebbero dovuto essere svolte anticipatamente, prima dell’8 marzo 2020.

Anche l’elemento sistematico non appare dirimente, tenuto conto che l’art. 84 cit., nel regolare la sospensione dei termini processuali, sebbene operi un rinvio all’art. 54, comma 2, c.p.a. - il che sembrerebbe fare propendere per un analogo regime giuridico (a prescindere che si faccia questione di periodo feriale o periodo emergenziale), teso a tutelare l’interesse pubblico

alla corretta conduzione del processo e, quindi, improntato alla rilevanza d'ufficio delle decadenze conseguentemente maturate -, prevede una disciplina processuale eccezionale, in cui viene valorizzato (anche) il potere dispositivo della parte in ordine allo svolgimento del giudizio.

Basti considerare le previsioni che rimettono all'iniziativa di parte la presentazione di un'istanza per ottenere:

- la rimessione in termini, per svolgere le facoltà processuali dalle quali la parte sia decaduta per effetto della sospensione dei termini processuali;
- la decisione della controversia nel periodo dal 6 aprile al 15 aprile 2020 sulla base degli atti depositati;
- il rinvio a data immediatamente successiva al 15 aprile 2020 della trattazione collegiale dell'istanza cautelare fissata, nelle forme e nei termini di cui all'articolo 56, comma 4, del codice del processo amministrativo, a partire dal 6 aprile 2020, ai sensi del comma 2 dell'art. 84 cit.

Si è, dunque, in presenza di un regime eccezionale, tendente a tutelare non soltanto l'interesse pubblico al corretto svolgimento del giudizio – contrastando, al contempo, l'emergenza epidemiologica e contendendone gli effetti sullo svolgimento dell'attività giurisdizionale e consultiva (art. 84, comma 3, cit.)-, ma anche l'interesse delle parti ad evitare che le probabili difficoltà nell'apprestamento della difesa tecnica, suscettibili di verificarsi durante il periodo di emergenza epidemiologica, incidano sull'effettività della tutela richiesta in giudizio.

La sospensione dei termini processuali, in particolare, sembra doversi ricondurre a tale ultima categoria di misure normative, in quanto funzionale ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, permettendo un differimento dei termini da computarsi “in avanti” in scadenza nel periodo 8 marzo 2020 – 15 aprile 2020, al fine di evitare che eventuali difficoltà di difesa determinate dall'emergenza epidemiologica

possano comportare decadenze processuali o comunque un *vulnus* alle facoltà processuali spettanti alle parti.

Trattandosi di misura tendente, in via prevalente, a tutelare l'interesse di parte -suscettibile di essere leso dall'emergenza epidemiologica-, il rilievo degli effetti discendenti dalla sua applicazione sembra debba essere sottratto all'iniziativa d'ufficio del giudice procedente.

La sospensione dei termini, infatti, se da un lato beneficia la parte, consentendo un differimento a data successiva al 15 aprile 2020 dei termini da computarsi "in avanti", dall'altro, come osservato, determina un'anticipazione e un'inevitabile decadenza dei termini da computarsi "a ritroso" ricadenti, secondo le previsioni ordinarie, nel periodo di sospensione.

Tale decadenza, tuttavia, in quanto discendente da misure prevalentemente poste a tutela della parte processuale, non sembra possa essere rilevata d'ufficio dal giudice procedente, a prescindere da un'eccezione della parte controinteressata.

Tale interpretazione sembra, inoltre, coerente con la *ratio* di tutela sottesa alla disciplina in tema di sospensione (speciale ex art. 84, comma 1, cit.) dei termini processuali, come osservato volta ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale.

Ove la parte sia stata comunque in condizione di svolgere nel periodo emergenziale le proprie difese, depositando atti che sarebbero stati tempestivi secondo le previsioni di rito ordinariamente applicabili, la dichiarazione di decadenza, in assenza di eccezione della controparte:

- da un lato, anziché tutelare, lederebbe il diritto di difesa della parte depositante che, pur non avendo risentito degli effetti negativi nell'apprestamento della difesa tecnica e, quindi, trovandosi in condizione di argomentare ulteriormente in vista dell'udienza di merito, sarebbe costretta a scegliere tra l'astensione dal deposito di atti difensivi (la cui tardività potrebbe essere comunque rilevata d'ufficio, anche ove non

eccepita dalla controparte), per ottenere l'immediata decisione della controversia, e la richiesta di rimessione in termini, per poter avvalersi delle facoltà processuali da cui sia decaduta, ma subendo in tale ipotesi un differimento dell'udienza;

- dall'altro, non lederebbe il diritto di difesa delle controparti, le quali, pur potendo far valere l'altrui decadenza, anche mediante il deposito di note d'udienza ex art. 84, comma 5, d.l. n. 18/20 cit., abbiano ritenuto di astenersi da tale iniziativa, consentendo, per l'effetto, che la causa venga decisa "*sulla base degli atti depositati*" (come previsto dallo stesso comma 5 cit.) e, quindi, anche sulla base degli avversi atti depositati durante il periodo di sospensione dei termini processuali.

Tanto è avvenuto nella specie, in cui l'appellante e la controinteressata in primo grado hanno depositato memorie e repliche, argomentando in ordine alle rispettive conclusioni; mentre l'Azienda sanitaria si è astenuta dal deposito di memorie e di note d'udienza, senza eccepire l'altrui decadenza processuale.

In un tale contesto processuale, deve ritenersi che l'effettività della tutela giurisdizionale sia stata adeguatamente tutelata, non potendosi, a fronte della mancata eccezione di parte, dichiarare la decadenza dell'appellante e dell'appellata privata dal deposito di memorie e repliche, le cui difese devono, dunque, essere esaminate ai fini della decisione della controversia.

2. Passando all'esame dei motivi di impugnazione, con il primo motivo di appello è contestata l'erroneità della sentenza di primo grado, nella parte in cui ha ritenuto che il prodotto offerto dall'aggiudicataria fosse coerente con i requisiti tecnici richiesti dal punto 10 dei requisiti obbligatori dell'appendice tecnica allegata agli atti di gara, in cui si prescriveva l'utilizzo di reagenti aventi una stabilità on board per un numero di giorni superiore a 20.

2.1 In particolare, il Tar avrebbe valorizzato, oltre che le istruzioni per l'uso dei reagenti in contestazione e le istruzioni d'uso dell'analizzatore

Atellica 630 Neph, una dichiarazione dell'aggiudicataria, per propria natura inidonea a provare i requisiti tecnici del prodotto offerto in gara; anche tenuto conto di quanto previsto dal Regolamento UE n. 2017/746, dal Decreto ministeriale del 21.12.2009 e dal D. Lgs. n. 332/2000.

Tali atti normativi, richiamando quale documentazione idonea a chiarire l'utilizzazione del dispositivo immesso in commercio l'etichetta, le istruzioni per l'uso e il materiale pubblicitario, nonché imponendo al fabbricante di comunicare al Ministero della Salute tutti i dati atti a identificare i dispositivi messi in servizio in Italia unitamente alle etichette e alle istruzioni per l'uso (con formazione presso il Ministero della Salute di una banca dati dei dispositivi di diagnostica in vitro), non consentirebbero di riconoscere rilevanza ad una mera dichiarazione resa dall'aggiudicataria; anche i punti B4, B10 e B16 del disciplinare escluderebbero la rilevanza di siffatta dichiarazione, richiedendo, al fine di attestare la validità della certificazione prodotta, la produzione di specifiche categorie di documenti, tra cui non potrebbe essere compresa la dichiarazione della Siemens.

Pertanto, tenuto conto che le istruzioni per l'uso dei reagenti IgG1, IgG2, IgG3 e IgG4 facevano riferimento ad una stabilità on board di soli 14 giorni (in caso di provetta immediatamente chiusa e conservata a 2-8° C) e le istruzioni d'uso dell'analizzatore Atellica 630 Neph, pur evidenziando la possibilità di incrementare detta stabilità grazie alla refrigerazione e all'applicazione alla provetta aperta di un tappo anti evaporazione, non quantificavano i tempi di stabilità garantiti ai singoli reagenti, a fronte dell'irrelevanza di dichiarazioni provenienti dalla controinteressata, il Tar avrebbe dovuto ritenere non provata l'integrazione di un requisito tecnico prescritto dalla documentazione di gara, con conseguente necessità di esclusione dalla procedura della società aggiudicataria.

2.2 Il primo motivo di appello deve essere esaminato congiuntamente al secondo motivo di impugnazione, con cui la ricorrente ha contestato

l'erroneità della sentenza di primo grado, nella parte in cui ha ritenuto provata l'offerta di reagenti con una stabilità on board superiore a trenta giorni, argomentando sempre sulla base della stessa dichiarazione proveniente dall'aggiudicataria, ritenuta dall'appellante inidonea a dimostrare il possesso del requisito premiale, alla stregua di quanto dedotto con il primo motivo di appello.

2.3 Con memoria difensiva depositata in data 6 aprile 2020, l'appellante ha insistito sul primo motivo di ricorso, facendo riferimento, altresì, alla temperatura media di esercizio dell'analizzatore Siemens, pari a 9°, superiore a quella compresa tra 2° e 8° richiesta dalle istruzioni per l'uso dei reagenti al fine di assicurarne la stabilità; il che confermerebbe l'inidoneità dell'analizzatore a garantire una stabilità on board superiore al limite minimo prescritto dalla documentazione di gara (primo motivo di appello) e comunque al parametro premiale previsto per la valorizzazione dell'offerta tecnica (secondo motivo di appello).

2.4 La controinteressata in primo grado ha eccepito l'inammissibilità, per violazione del divieto dello *jus novorum*:

- del motivo di appello argomentato sulla base della violazione del D. Lgs. n. 332/2000, del Decreto ministeriale del 21.12.2009 e del Regolamento UE 2017/746; il motivo, incentrato sull'omessa produzione di documentazione tecnica ufficiale, comunque sarebbe infondato nel merito, tenuto conto che la disciplina di gara prevedeva espressamente la possibilità di introdurre ogni altra documentazione relativa ai reattivi offerti, utile ai fini della valutazione qualitativa, in riferimento ai criteri di valutazione, indicati nell'appendice tecnica; peraltro, il Regolamento n. 2017/746 consentirebbe agli operatori di transitare al nuovo regime entro il 26.5.2022, nonché il DM del 2009 non sarebbe riferito agli IDV e comunque i prodotti offerti sarebbero stati immessi nel mercato prima del DM 23 dicembre 2013, applicabile da giugno 2014;

- della censura incentrata sulla temperatura media assicurata dall'analizzatore Siemens; in ogni caso, si tratterebbe di censura infondata, tenuto conto che nel manuale operatore del sistema Atellica Neph di Siemens (al Cap. IV, Sez. V), sarebbe espressamente previsto che, in caso di apertura del rotatore, dovuta ad esempio per il caricamento dei reagenti, viene eseguita una verifica della temperatura al fine di garantire il rispetto della normale temperatura di esercizio di circa 8° C (cfr. memoria di replica del 10 aprile 2020).

2.5 La resistente in primo grado ha eccepito, parimenti, l'inammissibilità del ricorso, in quanto volto a censurare valutazioni espresse dalla commissione di gara, afferenti al merito tecnico, insindacabile in sede giurisdizionale.

2.6 Pregiudizialmente, devono essere rigettate le eccezioni di inammissibilità opposte dall'appellata, controinteressata in primo grado, incentrate sulla violazione del divieto dei *nova* di cui all'art. 104 c.p.a.

Al fine di perimetrare la portata applicativa dell'art. 104 c.p.a. in tema di divieto di nuove domande ed eccezioni non rilevabili d'ufficio in appello, occorre distinguere l'ipotesi in cui l'appellante si limiti a svolgere una nuova argomentazione a fondamento di un motivo di ricorso già articolato in primo grado dall'ipotesi in cui deduca una nuova censura per la prima volta in appello.

Il divieto dei *nova* in appello preclude, infatti, alla parte processuale di introdurre nuove domande processuali, connotate da un nuovo (o mutato) *petitum* ovvero da una nuova (o mutata) *causa petendi* e, quindi, di domande caratterizzate da una nuova (o mutata) richiesta giudiziale ovvero da nuovi (o mutati) fatti costitutivi della pretesa azionata; l'art. 104, comma 1, c.p.a. non impedisce, invece, di svolgere nuove argomentazioni in sede impugnatoria, tendenti ad evidenziare l'erroneità della sentenza gravata e a illustrare ulteriormente un motivo di censura già articolato in primo grado.

In subiecta materia, in particolare, è possibile richiamare la distinzione tra motivo e argomentazione elaborata dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio in tema di revocazione (ma utilizzabile anche per delimitare la portata applicativa dell'art. 104, comma 1, c.p.a.) secondo cui *“Il motivo di ricorso, infatti, delimita e identifica la domanda spiegata nei confronti del giudice, e in relazione al motivo si pone l'obbligo di corrispondere, in positivo o in negativo, tra chiesto e pronunciato, nel senso che il giudice deve pronunciarsi su ciascuno dei motivi e non soltanto su alcuni di essi. A sostegno del motivo – che identifica la domanda prospettata di fronte al giudice – la parte può addurre, poi, un complesso di argomentazioni, volta a illustrare le diverse censure, ma che non sono idonee, di per se stesse, ad ampliare o restringere la censura, e con essa la domanda”* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 21).

Pertanto, l'art. 104, comma 1, c.p.a., precludendo la sola proposizione in appello di nuove domande o eccezioni non rilevabili d'ufficio, non impedisce la deduzione in sede impugnatoria di nuove argomentazioni, volte a contrastare il percorso motivazionale sotteso alla decisione di primo grado, senza ampliare il novero di censure indirizzate contro gli atti o i provvedimenti impugnati dinnanzi al Tar.

Alla stregua di tali osservazioni, emerge che l'odierno appellante ha contestato con il primo motivo svolto in primo grado il difetto di una specifica tecnica richiesta dalla documentazione di gara, rappresentata dalla *“Stabilità dei reagenti aperti on board minimo 20 giorni”*, non provata dalla documentazione prodotta dalla controinteressata in sede procedimentale.

La censura svolta, quindi, da un lato, tendeva ad ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, dall'altro, motivava tale richiesta rilevando che l'appalto era stato affidato ad un operatore proponente un prodotto difforme rispetto ai requisiti minimi prescritti dalla documentazione di gara in materia di stabilità on board dei reagenti aperti.

Tale censura non risulta mutata in sede di appello, tenuto conto che il riferimento alle disposizioni normative asseritamente applicabili nella specie (Regolamento UE n. 2017/746, Decreto ministeriale del 21.12.2009 o D. Lgs. n. 332/2000) ovvero alla temperatura di esercizio dell'analizzatore (media di 9°) costituiscono mere argomentazioni volte a sostenere la medesima contestazione, già articolata in prime cure, incentrata sull'assenza di un requisito minimo prescritto dalla documentazione di gara, riguardante la stabilità on board dei reagenti aperti, ritenuto non soddisfatto dal prodotto offerto dalla società aggiudicataria.

2.7 Relativamente all'eccezione di inammissibilità del ricorso opposta dall'appellata, resistente in primo grado, deve confermarsi l'indirizzo giurisprudenziale, in forza del quale la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, non potendo ammettersi un sindacato giudiziale di tipo sostitutivo al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a; sicché, per censurare l'operato della commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6753).

Alla stregua di tale indirizzo, dovranno essere esaminate le censure svolte dall'appellante, da ritenere ammissibili nella parte in cui, senza impingere nel merito tecnico riservato alla Commissione di gara, sono volte a contestare il difetto di una specifica tecnica richiesta dalla documentazione posta a base della procedura ovvero il difetto di un criterio valorizzabile per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in specie ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica.

2.8 Soffermando l'attenzione sul merito dell'appello, i primi due motivi di impugnazione, concernenti la stabilità on board dei reagenti, sono

infondati.

L'appendice tecnica posta a base di gara (prodotta sub doc. 4 memoria di costituzione Azienda sanitaria e sub doc. 8 ricorso in primo grado) prevedeva:

- al punto 10 dei requisiti obbligatori / minimi che i sistemi dovevano prevedere una *“stabilità dei reagenti aperti on board minimo 20 giorni”*;
- al punto 14 dei criteri di aggiudicazione, riguardanti la qualità del prodotto offerto, *sub specie* di qualità dei metodi e dei reagenti, la valorizzazione di quattro punti in caso di stabilità dei reagenti aperti on board per un periodo uguale o superiore a trenta giorni.

Con riferimento alla documentazione tecnica che i concorrenti avrebbero dovuto produrre in gara, il disciplinare (doc. 5 memoria costituzione Azienda sanitaria e sub doc. 7 ricorso in primo grado) prevedeva:

- relativamente ai reattivi diagnostici offerti, la necessità di allegare la scheda tecnica metodologica ed applicativa di ciascun reagente offerto, con indicazione della conformità CE-IVD, le schede di sicurezza per prodotti chimici/diagnostici considerati pericolosi come da normativa vigente, eventuali riferimenti bibliografici, comprovanti la qualità dei prodotti offerti, l'elenco dei principali centri ove i prodotti diagnostici offerti vengono già utilizzati per l'esecuzione degli esami, oggetto della gara, nonché *“ogni altra documentazione, relativa ai reattivi offerti, utile ai fini della valutazione qualitativa, in riferimento ai criteri di valutazione, indicati nell'appendice tecnica”* (b.7);
- relativamente alle apparecchiature offerte, la necessità di allegare, tra gli altri, Depliant, scheda tecnica e manuale operativo (in lingua italiana o tedesca) delle apparecchiature offerte, da cui dedurre le caratteristiche tecnico-costruttive e funzionali, ivi comprese le dimensioni, nonché *“ogni altra documentazione, relativa alla strumentazione offerta, utile ai fini della valutazione qualitativa, in riferimento ai criteri di valutazione, indicati nell'appendice tecnica”* (b.16);

L'odierna appellata, controinteressata in prime cure, ha dichiarato nell'ambito della procedura di gara (cfr. all. 8 memoria di costituzione Azienda sanitaria):

- quanto al punto 10 dei requisiti obbligatori/minimi che *“La stabilità dei reagenti, che è garantita anche on board sia dal particolare sistema di refrigerazione, di cui è dotato l'analizzatore, sia dall'utilizzo dei tappi antievaporazione, va da 30 a 45 giorni a seconda dei protocolli di analisi”*;

- quanto al punto 14 dei criteri di aggiudicazione che *“La stabilità dei reagenti on board, garantita sia dal particolare sistema di refrigerazione, di cui è dotato l'analizzatore, sia dall'utilizzo dei tappi antievaporazione, va da 30 a 45 giorni a seconda dei protocolli di analisi”*.

In relazione al requisito della stabilità on board risultano prodotti in giudizio:

- una scheda tecnica dell'analizzatore Atellica Neph 630 (doc. 9 memoria di costituzione Azienda sanitaria);

- estratto manuale sistema Atellica NEPH 630, pag. 24 (doc. 4 produzione Siemens in primo grado);

- una dichiarazione del 13.5.2019 della Siemens, non inclusa nella documentazione di gara (doc. 5 produzione Siemens in primo grado);

- una tabella sulla stabilità dei reagenti con valorizzazione di una stabilità media di 31,92, non inclusa nella documentazione di gara (doc. 6 produzione Siemens in primo grado);

- una scheda tecnica Reagente Supplementare (doc. 8 produzione Siemens in primo grado);

- l'allegato b.3 inserti (doc. 15 produzione ricorrente in primo grado);

- il manuale sistema Atellica NEPH 630 (all. 16 produzione ricorrente in primo grado).

Anche prescindendo dalla dichiarazione del 13.5.2019 e dalla tabella sulla stabilità dei reagenti contestati dal ricorrente in primo grado e nel presente

grado di appello (anche perché non prodotte nell'ambito della procedura di gara – cfr. pag. 5 motivi aggiunti in primo grado), la documentazione in atti consente di ritenere immune da vizi di legittimità la decisione della Commissione giudicatrice di ritenere il prodotto offerto dall'aggiudicataria conforme ai requisiti minimi prescritti dall'appendice tecnica cit. e rispettoso del parametro qualitativo premiale riguardante la stabilità on board dei reagenti aperti.

Al riguardo, occorre, in primo luogo, rilevare che l'oggetto della gara per cui è controversia è rappresentato dalla fornitura quinquennale di reattivi diagnostici con noleggio di apparecchiature per analisi presso il Laboratorio Centrale di Patologia Clinica del Comprensorio Sanitario di Bolzano e del Laboratorio di Patologia Clinica del Comprensorio di Merano / Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano.

Come emergente dall'appendice tecnica cit., l'esigenza sottesa all'indizione della gara era rappresentata dall'acquisizione di due strumentazioni nuove e di ultima generazione che operassero secondo le metodiche di nefelometria/turbidimetria/immunometria necessarie per eseguire il dosaggio di proteine specifiche sieriche, liquorali e urinarie (elencate in apposita tabella); lo scopo pratico perseguito mediante l'affidamento dell'appalto, come correttamente rilevato dal Tar, poteva, pertanto, essere raggiunto soltanto attraverso la fornitura di un sistema complesso, comprendente, altresì, *“Analizzatori nuovi di fabbrica e di ultima generazione con marcatura secondo la direttiva CE IVD 98/79 D. Lgs. 332/2000”* (cfr. requisiti obbligatori appendice tecnica).

Al fine di valutare l'ammissibilità dell'offerta e, quindi, la sua coerenza con le specifiche richieste dall'Amministrazione, occorre, pertanto, valutare se il sistema offerto dal concorrente sia, nel suo complesso, attraverso l'effetto combinato dei suoi componenti, idoneo a soddisfare i requisiti prescritti dalla documentazione di gara (significativamente, l'appendice tecnica cit. fa riferimento ai requisiti minimi che *“i sistemi”*

devono prevedere, a conferma di come l'oggetto di valutazione siano i requisiti offerti dai sistemi esaminati e valutati nel loro complessivo funzionamento, attraverso l'interazione dei relativi componenti).

Per quanto più di interesse nel presente giudizio, tra i requisiti obbligatori/minimi *de quibus* rientrava la “*stabilità dei reagenti aperti on board minimo 20 giorni*”; così come tra i criteri idonei a valorizzare il profilo qualitativo del prodotto offerto era compresa la stabilità dei reagenti aperti on board per un periodo uguale o superiore a trenta giorni: tali requisiti tecnici dovevano, dunque, essere accertati valutando, anziché le proprietà dei singoli reagenti, la relativa interazione con gli altri componenti del complessivo sistema offerto dal concorrente, avendo riguardo, in particolare, all'effetto prodotto dall'analizzatore proposto in sede di gara.

Ne deriva che l'appellante infondatamente argomenta le proprie doglianze, ritenendo non integrati i requisiti *de quibus* alla stregua delle istruzioni per l'uso riferite ai singoli reagenti (cfr. doc. 15 produzione ricorrente in primo grado e doc. 5 produzione ricorrente in appello), non potendo verificarsi il requisito della stabilità on board avendo riguardo alle sole caratteristiche dei singoli elementi (reagenti), senza valutare la loro interazione con gli altri componenti del complessivo sistema offerto dall'aggiudicatario (in specie, l'analizzatore).

Procedendo ad una tale analisi, emerge che l'interazione dei reagenti con l'analizzatore, anch'esso compreso nella fornitura, consente di ritenere soddisfatto il requisito della stabilità on board, sia quale requisito minimo obbligatorio, sia come requisito premiale di cui al punto 14 dei criteri di aggiudicazione.

In particolare:

- il manuale sistema Atellica NEPH 630, pag. 24 (doc. 4 produzione Siemens in primo grado) comprova che l'analizzatore proposto dall'aggiudicataria presenta tappi antievaporazione utilizzati per ridurre al

minimo l'evaporazione e incrementare la stabilità a bordo dei reagenti e controlli;

- la scheda tecnica dell'analizzatore Atellica Neph 630 (doc. 9 memoria di costituzione Azienda sanitaria) conferma "*l'elevata stabilità a bordo, dei reagenti*", garantita dall'apposito comparto refrigerato in combinazione con un nuovo sistema di chiusura dei flaconi, che permette all'analizzatore di rimanere in funzione 24 ore su 24, migliorando l'operatività e flessibilità di esecuzione dei campioni, anche in urgenza. Con specifico riferimento alla stabilità dei reagenti on board la scheda tecnica prevede espressamente un periodo "*superiore alle 6 settimane*" (pag. 3), come correttamente dedotto dall'Azienda sanitaria (pag. 12 memoria di costituzione in appello).

Tali elementi documentali risultano valorizzabili ai fini della comprova del requisito prescritto dall'appendice tecnica sia come requisito minimo che come parametro di aggiudicazione.

Difatti, da un lato, si è in presenza di documenti tecnici recanti istruzioni per l'uso dello specifico prodotto oggetto di fornitura, suscettibili di essere presi in esame per verificare la destinazione e le caratteristiche dei dispositivi medico-diagnostici, anche alla stregua della normativa citata nel primo motivo di appello; dall'altro, in ogni caso, si tratta certamente di documenti ammissibili sulla base della disciplina di gara - non specificatamente impugnata sul punto dal ricorrente (che, anzi, argomenta il primo motivo di appello anche sulla base del punto b.16 del disciplinare, trascritto a pag. 6 appello)-, che ammetteva la possibilità di presentare "*ogni altra documentazione, relativa alla strumentazione offerta, utile ai fini della valutazione qualitativa, in riferimento ai criteri di valutazione, indicati nell'appendice tecnica*" (punto b.16 disciplinare); categoria documentale aperta, cui certamente devono essere ricondotti il manuale e la scheda tecnica riferiti all'analizzatore per cui è controversia.

Tali documenti attestano che la stabilità dei singoli reagenti è incrementata attraverso l'utilizzo dell'analizzatore proposto dall'aggiudicataria, in virtù delle sue specifiche modalità di funzionamento, connotate dall'utilizzo di tappi antievaporazione e dalla conservazione dei reagenti in un comparto refrigerato a temperatura costante; elementi idonei ad incrementare la stabilità dei reagenti rispetto ai tempi riportati nelle singole schede di analisi, le quali, pertanto, deve ritenersi, descrivono le caratteristiche dei reagenti isolatamente considerati, a prescindere dalla loro interazione con l'analizzatore.

Non potrebbe neanche sostenersi l'inidoneità dell'analizzatore ad assicurare un incremento della stabilità on board dei reagenti sulla base della temperatura media di esercizio, pari a 9 ° C -e, quindi, superiore al limite di 8 ° C previsto dalle istruzioni per l'uso dei singoli reagenti-, tenuto conto che il sistema opera ad una temperatura di esercizio di 8 ° C.

Come rilevato dalla Siemens in sede di replica, il manuale di istruzioni in atti (all. 16 produzione ricorrente in primo grado) prevede un raffreddamento del rotore reagenti a circa 8° con temperatura di esercizio costante e con avvio, qualora lo sportello d'accesso del rotore reagenti venga aperto, di un processo di temporizzazione tale per cui, se il tempo di apertura supera i dieci minuti, il frigorifero dei reagenti si spegne, riavviandosi successivamente, in seguito alla chiusura dello sportello d'accesso, fino al raggiungimento di una temperatura di circa 8 °C, alla quale riprendono le operazioni di routine (Capitolo IV).

Si conferma, dunque, la coerenza tra la temperatura di esercizio dell'analizzatore e il limite di temperatura riportato nelle istruzioni per l'uso dei reagenti prodotti sub doc. 15 produzione ricorrente in primo grado e doc. 5 produzione ricorrente in appello.

In ogni caso, a fronte degli elementi documentali comprovanti la correttezza della dichiarazione con cui l'aggiudicatario ha attestato il possesso del requisito della stabilità on board -sia quale requisito minimo

sia quale criterio di aggiudicazione-, l'appellante non ha fornito una prova contraria, dovendosi, quindi, ritenere comunque prive di riscontro le censure articolate con i primi due motivi di appello.

Alla stregua delle considerazioni svolte, il primo e il secondo motivo di appello devono essere rigettati, garantendo il complessivo sistema offerto dall'aggiudicatario – attraverso l'interazione dei suoi componenti e, in particolare, in virtù delle caratteristiche dell'analizzatore oggetto di fornitura, come ricostruibili dal manuale d'uso e dalla scheda tecnica del prodotto – una stabilità on board dei reagenti aperti superiore a trenta giorni, con conseguente correttezza della decisione della Commissione giudicatrice di ritenere integrati i requisiti minimi del sistema e soddisfatto il parametro qualitativo di cui al punto 14 dei criteri di aggiudicazione elencati nell'appendice tecnica posta a base di gara.

4. Con il terzo motivo di appello la ricorrente contesta l'erroneità della sentenza di primo grado, nella parte in cui ha ritenuto corretta l'attribuzione del massimo punteggio all'offerta dell'aggiudicataria relativamente al numero di posti vano reattivo, sebbene l'analizzatore offerto dalla controinteressata possedesse soltanto 25 vani utili (posizione reattivo), mentre gli altri 5 fossero destinati a flaconi per soluzioni supplementari; il che avrebbe dovuto condurre alla valorizzazione di soli due punti qualità.

Difatti, alla stregua di un'interpretazione sistematica della legge di gara (in specie, la collocazione del subcriterio nell'ambito di un criterio riguardante la valutazione della qualità e della capacità del sistema), avrebbe dovuto ritenersi che, nel riferirsi al vano reattivi, la stazione appaltante avesse inteso valorizzare necessariamente ed esclusivamente il numero di reagenti suscettibili di essere presenti in contemporanea per assicurare l'effettuazione delle analisi.

Il motivo di appello è infondato.

Il Collegio ritiene di aderire all'indirizzo giurisprudenziale, in forza del quale le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara; dovendosi, per l'effetto, escludere qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale, e, anche in caso di incertezze, dovendo ritenersi comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni. Non risulta, quindi, possibile addivenire in via interpretativa ad un'integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2020, n. 2400).

Anche i chiarimenti resi dalla stazione appaltante non possono condurre alla definizione di un precetto diverso da quello ritraibile dalla lettera della documentazione di gara, tenuto conto che, come precisato da questo Consiglio (sez. V, 16 marzo 2020, n. 1868), i chiarimenti possono ritenersi ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di mera interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversi di quelli che risultano dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione.

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, emerge l'infondatezza delle doglianze sollevate dall'appellante.

L'appendice tecnica posta a base di gara (prodotta sub doc. 4 memoria di costituzione Azienda sanitaria e sub doc. 8 ricorso in primo grado) prevedeva, al punto 4 dei criteri di aggiudicazione riguardanti la qualità del prodotto offerto, *sub specie* di qualità della strumentazione, la

valorizzazione di quattro punti per un numero di posti vano reattivi uguale o superiore a trenta.

Con riferimento a tale parametro era stato chiesto alla stazione appaltante di confermare che l'interesse sotteso all'enunciazione del criterio fosse quello di conoscere il numero effettivo di dosaggi caricabili a bordo dello strumento e, in caso di conferma di tale interesse, di procedere anche ad una modifica del criterio, al fine di valorizzare il numero massimo di analiti caricabili nel vano reattivi dello strumento in considerazione dei dosaggi riportati nella Tabella 1 del capitolato.

L'Amministrazione, nel riscontrare il quesito, pur rilevando come fosse noto che per la determinazione di alcuni analiti i reagenti potrebbero occupare più posti vano su un dato strumento, ha ritenuto di confermare il criterio di aggiudicazione (all. 14 produzione parte resistente in primo grado, doc. 9 produzione ricorrente in primo grado).

Come anche evincibile dal quesito posto alla stazione appaltante, la valorizzazione del numero di posti vano reattivi non può essere inteso come valorizzazione del numero effettivo di analiti caricabili nel vano reattivi; per prendere in esame tale differente significato, sarebbe stato, infatti, necessario modificare la disciplina di gara, come pure domandato con la richiesta di chiarimenti negativamente riscontrata dalla stazione appaltante.

Deve, invece, accogliersi un'interpretazione letterale della *lex specialis*, al fine di assicurare la parità di trattamento dei concorrenti, ritenendo, per l'effetto, che il criterio di aggiudicazione previsto al punto 4 dell'appendice tecnica fosse volto a premiare gli strumenti offerti dai concorrenti, tenendo conto dei soli posti disponibili nel vano reattivi, anche ove destinati ad essere occupati da soluzioni accessorie o supplementari; come potrebbe avvenire qualora per la determinazione di taluni analisi occorra l'utilizzo di più reagenti.

Ne deriva, anche sotto tale profilo, la correttezza della decisione assunta dalla Commissione giudicatrice, tenuto conto che il prodotto offerto dall'aggiudicatario presentava un rotore con trenta posizioni per i reagenti (cfr. scheda tecnica dell'analizzatore Atellica Neph 630 sub doc. 9 memoria di costituzione Azienda sanitaria e manuale sistema Atellica NEPH 630 sub all. 16 produzione ricorrente in primo grado, relativamente alla capacità del rotore reagenti); il che risultava sufficiente per ritenere integrato il parametro qualitativo richiesto dal punto 4 dei criteri di aggiudicazione cit.

Né potrebbe censurarsi la decisione dell'Amministrazione di valorizzare il solo numero dei vani reattivi, anche se occupati da soluzioni accessorie, rientrando nell'ampia discrezionalità della stazione appaltante la definizione dei criteri per l'attribuzione dei punteggi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, insindacabile nel merito, salvo che per i vizi di illogicità o di manifesta irragionevolezza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2183).

Nel caso di specie non è irragionevole la scelta di valorizzare le posizioni del vano reattivi, parametro idoneo ad attestare la capienza dell'analizzatore e, quindi, sotto tale profilo, la qualità della strumentazione offerta dai singoli concorrenti. Ogni altra questione concernente l'opportunità di una diversa definizione del parametro di aggiudicazione, volto a valorizzare il numero di esami effettuabili, influenzando sulla determinazione dell'esigenza sottesa alla sua previsione, rientra nel merito tecnico riservato all'Amministrazione, come tale insindacabile nella presente sede giurisdizionale.

5. Con il quarto motivo di appello la ricorrente contesta l'erroneità della sentenza di primo grado, nella parte in cui ha ritenuto corretta l'omessa attribuzione del punteggio massimo alla propria offerta tecnica, sebbene la stessa fosse equivalente a quella dell'aggiudicataria, relativamente alla

disponibilità di confezioni con meno di 100 test per più di 50 degli analiti elencati in tabella 1.

Difatti, un confezionamento con un numero di 100 test e una stabilità pari a 2 mesi (offerto dall'appellante) sarebbe equivalente ad una confezione con un numero di test pari a 50 e una stabilità pari a un mese (offerto dalla Siemens): l'attribuzione di 0 o 5 punti non dovrebbe essere riferita al numero delle confezioni offerte bensì alla percentuale di analiti in esse contenuti e alla possibilità di garantire – a prescindere dal confezionamento – la presenza di un numero di analiti superiore al 50%; requisito assicurato dalle 100 confezioni offerte dall'appellante.

Il motivo di appello è infondato.

Richiamando quanto osservato nell'esaminare il terzo motivo di appello in ordine alla necessaria interpretazione letterale della documentazione di gara, senza possibilità di procedere ad una sua integrazione in via ermeneutica, emerge che l'appendice tecnica cit., al punto 11 dei criteri di aggiudicazione riguardanti la qualità del prodotto offerto, *sub specie* di qualità dei metodi e dei reagenti, prevedeva la valorizzazione di cinque punti per la disponibilità di confezioni con meno di 100 test per oltre il 50% degli analiti elencati nella tabella 1 (della medesima appendice).

Anche in relazione al presente parametro la stazione appaltante aveva ricevuto apposito quesito, volto ad ottenere la modifica del criterio, al fine di ottenere la valorizzazione della disponibilità di confezioni con meno di 100 test per oltre il 50% degli analiti elencati in tabella 1 o di una stabilità di almeno due mesi dopo l'apertura del kit per oltre il 50 % degli analiti elencati in tabella 1; tanto sul presupposto che l'esigenza sottesa alla previsione del criterio fosse quella di evitare uno spreco di materiale, tendendo alla massima efficienza possibile nell'utilizzo dei reattivi richiesti; il che sarebbe stato assicurabile indifferentemente anche attraverso un confezionamento con un numero di 100 test e una stabilità pari a 2 mesi.

La stazione appaltante, in riscontro al quesito, ha confermato che il criterio di aggiudicazione sarebbe rimasto invariato.

L'equivalenza dedotta dall'appellante non risulta utilmente invocabile a fondamento del motivo di appello.

Preliminarmente, occorre precisare che il principio di equivalenza, immanente alla disciplina degli appalti pubblici, impone di valutare i prodotti offerti nell'ambito di una procedura di gara secondo un criterio di conformità sostanziale alle caratteristiche tecniche descritte dalla stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2020, n. 932, secondo cui il principio di equivalenza *“rende valutabili prestazioni da ritenersi omogenee sul piano funzionale secondo criteri di conformità sostanziale”*).

In particolare, la verifica di equivalenza presuppone che il prodotto concretamente offerto dal concorrente, sebbene non rispettoso formalmente dello standard tecnico-normativo richiamato dalla documentazione di gara, sia comunque idoneo a soddisfare sostanzialmente l'esigenza posta a base della relativa specifica.

Il principio di equivalenza, pertanto, tende ad assicurare la massima concorrenza e la parità di trattamento tra gli operatori economici, trovando una generale applicazione nella materia dell'evidenza pubblica: ogniqualvolta occorra verificare la conformità del prodotto offerto in gara rispetto ad uno standard tecnico normativo richiamato dalla stazione appaltante, si impone un approccio sostanziale, che consenta al concorrente di dimostrare che la propria proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto (ferma rimanendo ogni decisione finale di competenza dell'Amministrazione– cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039, secondo cui *“se è vero che il concorrente che voglia avvalersi del principio di equivalenza, ha l'onere di dimostrare, appunto, l'equivalenza tra i prodotti, non potendo pretendere che di tale accertamento si faccia carico la Commissione di gara. Ma, una volta che l'Amministrazione abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico*

discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l'erroneità").

Ne deriva che la clausola di equivalenza, sebbene -di regola- posta a presidio del *favor participationis*, impedendo l'esclusione di offerte idonee a soddisfare in maniera equivalente l'esigenza sottesa al requisito tecnico inderogabile prescritto dalla stazione appaltante, può, comunque, essere invocata (come correttamente ritenuto dall'appellante) anche per evitare irragionevoli disparità di trattamento nella valorizzazione delle offerte tecniche e, in particolare, nell'applicazione dei criteri per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al riguardo, questo Consiglio ha, infatti, precisato che *“l'effetto di “escludere” un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti (come nel caso delle caratteristiche migliorative sulle quali si discute nella gara in questione) e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità”* (Consiglio di Stato, sez. III, 27 novembre 2018, n. 6721; cfr. anche Consiglio di Stato, sez. III, 5 giugno 2019, n. 3778).

Il giudizio di equivalenza, tuttavia, come osservato, può essere svolto ove le caratteristiche del prodotto o del servizio in affidamento siano espresse rinviando ad un dato standard tecnico-normativo, mentre risulta inconferente qualora si faccia questione di caratteristiche descritte attraverso grandezze comuni, suscettibili di definire la tipologia di prodotto richiesto inderogabilmente dalla stazione appaltante (requisito minimo) o comunque proponibile dall'offerente per il miglioramento qualitativo della propria offerta (requisito premiale, valorizzabile nell'assegnazione del punteggio tecnico in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa)

Come precisato da questo Consiglio, infatti, *“proprio alla luce della ratio sottesa al principio di equivalenza, presupposto essenziale perché detto principio possa essere richiamato e trovare applicazione è che, sul piano qualitativo, si sia in presenza di una specifica in senso propriamente tecnico, e cioè di uno standard - espresso in termini di certificazione, omologazione, attestazione, o in altro modo - capace di individuare e sintetizzare alcune caratteristiche proprie del bene o del servizio, caratteristiche che possono tuttavia essere possedute anche da altro bene o servizio pur formalmente privo della specifica indicata [...] la specifica, consistente esclusivamente nell’indicazione della grammatura prescritta, non presenta un grado di dettaglio di per sé potenzialmente escludente, risolvendosi nella semplice indicazione del peso richiesto dall’amministrazione per il prodotto oggetto della fornitura. Per tali ragioni l’indicazione di tale requisito, più che configurare uno standard tecnico-normativo di dettaglio, vale a definire in termini generali, per il tramite di una grandezza comune (i.e., il peso) la tipologia categoriale del bene, descrivendo cioè l’oggetto della fornitura”* (Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche emerge l’infondatezza del motivo di appello.

La documentazione di gara si limitava a prevedere l’attribuzione di cinque punti in favore delle confezioni con meno di 100 test per oltre il 50% degli analiti elencati in tabella 1.

Ne deriva, da un lato, che il requisito in esame, previsto tra i criteri valorizzabili per l’attribuzione del punteggio tecnico, è stato descritto attraverso il riferimento ad una grandezza comune, integrata dal numero di test presenti nelle confezioni oggetto di fornitura, senza richiamare alcuno standard tecnico-normativo suscettibile di formare oggetto del giudizio di equivalenza; dall’altro, comunque, la previsione dell’appendice tecnica in esame non valorizzava la stabilità del prodotto, elemento, quindi, che non

avrebbe potuto essere preso in esame -alla stregua del principio di equivalenza- per legittimare l'attribuzione di cinque punti anche per quanto offerto dall'appellante.

Pertanto, non avendo l'odierno ricorrente proposto confezioni con meno di 100 test, il requisito previsto dall'appendice tecnica non risultava integrato; sicché, la Commissione di gara ha correttamente negato il riconoscimento dei cinque punti previsti dal punto 11 cit.

In ogni caso, nella specie, non potrebbe neanche predicarsi un'equivalenza tra le confezioni concretamente proposte dall'appellante e quelle offerte dall'aggiudicatario, avuto riguardo ad un'ipotetica esigenza di risparmio di risorse richiamata nell'atto di appello (risultando il motivo di appello incentrato sulla *“equivalenza e limitazione dello spreco”* – pag. 17 appello); esigenza, peraltro, irrilevante nella specie, non essendo ricavabile da alcuna specifica previsione recata nella documentazione di gara.

Perché possa, infatti, ritenersi che, sotto tale profilo, afferente alla limitazione dello spreco di risorse, un confezionamento con un numero di 100 test e una stabilità pari a 2 mesi (concretamente offerto dall'appellante) sia equivalente ad una confezione con un numero di test pari a 50 e una stabilità pari a un mese (concretamente offerto dalla Siemens), occorrerebbe provare una frequenza predeterminata e costante di esecuzione dei dosaggi indicati nel capitolato, suscettibile di esprimere i medesimi valori per ciascun mese; in siffatte ipotesi, effettivamente, emergerebbe un fabbisogno realizzabile in maniera equivalente, consentendo l'utilizzo del prodotto interamente o comunque con un pari spreco di risorse, sia che si faccia riferimento ad una confezione di 50 test con stabilità pari ad un mese sia che si abbia riguardo ad una confezione di 100 test con stabilità pari a due mesi.

Neanche tale elemento fattuale, correlato alla stabilità del consumo, tuttavia, risulta ricavabile dalla documentazione di gara; la tabella 1 dell'appendice tecnica, infatti, pur riportando il consumo dei due laboratori

in favore dei quali è stata bandita la gara in contestazione, si riferisce al solo consumo quinquennale; ragion per cui non può escludersi che il numero complessivo di analiti eseguiti in cinque anni derivi dalla sommatoria di valori differenziati e variabili su base mensile.

A fronte di un'incertezza sul numero di test eseguibili mensilmente, pertanto, è ragionevole prediligere confezioni con un numero di test non elevato; avuto riguardo ad un parametro di riferimento uniforme, discrezionalmente definibile dalla stazione appaltante, nella specie ragionevolmente individuato in 100 test (valore al di sotto del quale è stata prevista l'attribuzione di cinque punti, ove riferito ad oltre il 50% degli analiti elencati nella tabella 1 dell'appendice tecnica).

In particolare, non può escludersi che, nell'ambito di un bimestre, per ragioni non preventivabili, il fabbisogno, inferiore o pari a 50 test, si concentri in uno dei due mesi presi in considerazione: in siffatte ipotesi, appare evidente come l'esigenza funzionale asseritamente avvertita dalla stazione appaltante - integrata da una riduzione dello spreco di risorse – non sia indifferentemente realizzabile a prescindere dal numero dei test presenti nell'ambito della singola confezione, tenuto conto che una confezione con cinquanta test e stabilità mensile consentirebbe uno spreco inferiore rispetto a quello derivante da una confezione di 100 test a stabilità bimestrale.

Ne deriva che, a fronte di due prodotti offerti dai concorrenti tra loro comunque non equivalenti, la Commissione di gara ha correttamente riconosciuto il punteggio premiale soltanto in favore dell'odierna appellata, unico concorrente ad aver presentato confezioni con meno di 100 test per oltre il 50% degli analiti elencati nella tabella 1 della medesima appendice; in conformità a quanto richiesto dal punto 11 cit.

L'accoglimento della pretesa dell'appellante avrebbe, infatti, richiesto una modifica del criterio di aggiudicazione, come pure domandato in sede procedimentale con apposito quesito formulato alla stazione appaltante;

tuttavia, non avendo l'Amministrazione ritenuto di procedere in tale senso, né potendosi addivenire ad un'integrazione della disciplina di gara in via interpretativa, l'equiparazione proposta con il motivo di impugnazione non merita condivisione, non essendo fondata sulla chiara lettera della *lex specialis*, né potendo essere ammessa sulla base del principio di equivalenza.

Infine, similmente a quanto osservato nella disamina del precedente motivo di appello, non può ritenersi irragionevole la scelta di valorizzare il numero di test presenti in una confezione, parametro idoneo ad influire sulle modalità di uso del prodotto e, quindi, sotto tale profilo, sulla qualità dei metodi e dei reagenti offerti dai singoli concorrenti. L'opportunità di una diversa definizione del parametro di aggiudicazione, volto a valorizzare il numero di test in rapporto alla loro stabilità nel tempo, influenzando sulla determinazione dell'esigenza sottesa alla sua previsione, rientra nel merito tecnico riservato alla volontà dell'Amministrazione, come tale insindacabile nella presente sede giurisdizionale.

6. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Condanna la società The Binding Site s.r.l. al pagamento delle spese processuali del grado di appello in favore delle parti appellate costituite, liquidate nella complessiva somma di € 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge, di cui € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore di Siemens Healthcare S.r.l., ed € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore dell'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020, svoltasi, ai sensi dell'art. 84 comma 6, del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, attraverso l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams", con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO