

Publicato il 13/12/2018

N. 07039/2018REG.PROV.COLL.
N. 03625/2018 REG.RIC.
N. 03560/2018 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

1.

sul ricorso numero di registro generale 3625 del 2018, proposto da Instrumentation Laboratory S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Arca Lombardia - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora, 16;

nei confronti

- Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola, Raffaele Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Izzo in Roma, via Boezio, 2 – anche appellante incidentale;
- A. De Mori S.p.a. con socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Sgobbi, Federico Bulfoni, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44 – anche appellante incidentale;

2.

sul ricorso numero di registro generale 3560 del 2018, proposto da A. De Mori S.p.a. con socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Sgobbi, Federico Bulfoni, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

contro

Arca Lombardia - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piera Pujatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora, 16;

nei confronti

- Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola, Raffaele Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Izzo in Roma, via Boezio, 2 – anche appellante incidentale;
- Instrumentation Laboratory S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sezione Quarta) n. 00793/2018, resa tra le parti, concernente *lex specialis* ed aggiudicazione della gara espletata da Arca ai fini della stipula di una convenzione ai sensi dell'art. 1, comma 4, della l.r. Lombardia 33/2007, per la fornitura di un service di Emogasanalisi – lotto 1;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arca Lombardia - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a., Siemens Healthcare S.r.l., A. De Mori S.p.a. con socio unico e Instrumentation Laboratory S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2018 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Piero Fidanza,

Emanuela Quici su delega di Piera Pujatti, Giuliano Sgobbi e Lorella Fumarola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalla procedura aperta, espletata da Arca s.p.a. (centrale di committenza della Regione Lombardia) per la fornitura di un servizio di emogasanalisi, ed in particolare dall'aggiudicazione a Siemens Healthcare s.r.l. (d'ora in poi, Siemens) del lotto 1, concernente la fornitura "in service" di strumenti monocontenitore per reagenti e reflui (a cartuccia) in favore degli enti del servizio sanitario regionale, disposta con determinazione prot. 2017.0017051 in data 28 novembre 2017.

2. La terza classificata, Instrumentation Laboratory s.p.a. (d'ora in poi, IL), ha impugnato dinanzi al TAR Lombardia la *lex specialis* della procedura e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione (RGN 2928/2016). Hanno proposto ricorso incidentale Siemens, nonché la A. De Mori s.p.a. con socio unico (seconda classificata; d'ora in poi, De Mori), quali controinteressate.

3. De Mori ha impugnato anch'essa l'aggiudicazione (RGN 72/2018), ed anche in questo caso Siemens ha proposto ricorso incidentale.

4. Il TAR Lombardia, con la sentenza appellata (IV, n. 793/2018), riuniti i suddetti gravami, ha in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile il ricorso principale di IL, ha respinto il ricorso principale di De Mori, ed ha dichiarato improcedibili i ricorsi incidentali.

5. La sentenza è stata appellata da De Mori (RGN 3560/2018), riproponendo le censure disattese (o assorbite) in primo grado, e corredandole di rilievi critici alle valutazioni operate dal TAR. Ha proposto appello incidentale Siemens, riproponendo censure escludenti nei confronti dell'appellante principale.

6. Analogo appello è stato proposto da IL (RGN 3625/2018). Siemens e De Mori hanno proposto in relazione ad esso appelli incidentali, riproponendo le censure volte ad ottenere l'esclusione di IL (e, nel caso di De Mori, anche censure subordinate volte ad ottenere la ripetizione della gara).

7. Tutte le parti hanno depositato memorie e repliche.

8. Gli appelli vanno riuniti, in applicazione dell'art. 96, comma 1, cod. proc. amm.

9. Il Collegio esamina distintamente le censure, iniziando dall'appello di IL (posto che il TAR ha prioritariamente esaminato il relativo gravame ed ha poi richiamato, in relazione a vizi omologhi dell'altro, le proprie argomentazioni).

Riprendendo le censure svolte con il primo motivo del ricorso principale, IL ribadisce che la *lex specialis* presenta numerosi profili di genericità, incompletezza ed indeterminatezza, tali da impedire la presentazione di un'offerta competitiva e consapevole.

9.1. In primo grado aveva lamentato, sotto un primo profilo, che il capitolato tecnico riporta una tabella contenente il numero totale degli strumenti e il numero totale di analisi cliniche, senza però dare indicazioni sulla distribuzione degli analizzatori fra i vari enti sanitari interessati e sui test per i singoli analizzatori.

Il TAR, per respingere la censura (con argomentazioni in seguito richiamate nella sentenza a proposito dell'omologa censura dedotta da De Mori nel proprio ricorso), ha sottolineato che:

- la procedura è finalizzata alla stipula di una convenzione-quadro con Arca per regolamentare i contratti di fornitura che saranno in seguito stipulati con i singoli enti del servizio sanitario regionale;
- l'entità della fornitura richiesta è stata determinata sulla base delle segnalazioni provenienti da taluni enti interessati ad aderire alla convenzione (come indicato nel capitolato, il fabbisogno di analisi cliniche è stato stimato in base alle informazioni provenienti da dieci aziende socio-sanitarie territoriali e da due IRCCS);
- la procedura presenta inevitabilmente taluni margini di difficoltà nell'esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta, quale inevitabile conseguenza della modalità di acquisto, che consente però l'aggregazione degli acquisti e il conseguimento di rilevanti economie di scala;
- tali circostanze non implicano di per sé l'indeterminatezza e la genericità della legge di gara, tale da impedire la presentazione di offerte consapevoli e concorrenziali, situazione questa che può configurarsi non in presenza di mere difficoltà, rientranti in un ordinario rischio di impresa, bensì laddove vi sia una assoluta impossibilità di presentare un'offerta adeguata e rientrante negli ordinari parametri di mercato; tanto più che servizi come quello di emogasanalisi sono caratterizzati da un'elevata specializzazione, alla quale corrisponde un numero limitato di operatori professionali, in genere ben consapevoli delle caratteristiche dei prodotti e del mercato; e che i dati relativi al servizio sono in ogni caso presuntivi,

giacché non è possibile prevedere quanti esami saranno realizzati nel tempo, potendosi tutt'al più riferirsi a dati statistici.

Il TAR ha poi rilevato che hanno presentato offerta tre importanti operatori del settore, che nessuna offerta è stata esclusa per eventuale indeterminatezza o genericità e che le offerte economiche sono state tutte compiutamente valutate.

Ed ha aggiunto che IL, per supportare la censura, ha prospettato proprie personali previsioni sull'entità del servizio richiesto e sulla sua remunerazione, oppure ha portato ad esempio gare indette da altre Regioni (Liguria e Toscana), che non possono però assurgere a modello vincolante per Arca.

9.2. IL ribadisce la censura, sostenendo che il TAR (oltre ad aver qualificato la procedura come finalizzata alla stipula di una convenzione-quadro, tipologia inesistente nell'ordinamento) non ha centrato il problema.

Sottolinea che le forniture di emogasanalisi hanno costi fissi, relativi all'analizzatore ed ai consumabili (cartucce, nel lotto 1 in questione) necessari per il mantenimento dell'analizzatore in stato di pronto 24 ore su 24; poiché i consumabili hanno una durata a bordo degli analizzatori limitata nel tempo, che comporta un loro consumo indipendente dal numero di test che con essi viene effettivamente eseguito, e poiché ciascun operatore dispone di cartucce di diverse "pezze" (numero massimo di test eseguibili con una singola cartuccia), in modo da poter adattare la fornitura selezionando il consumabile più idoneo per i diversi reparti (quelli che eseguono un numero esiguo di test e quelli di dimensioni maggiori), evitando sprechi, è evidente che gli investimenti da sostenere non sono legati al numero di test eseguiti globalmente ma al numero e alla tipologia

di consumabili che debbono essere forniti per ciascun analizzatore. Arca possedeva i dati sul fabbisogno trasmessi da alcune strutture, ma si è rifiutata di fornirli.

9.3. Il Collegio osserva anzitutto che il bando riguarda dichiaratamente una gara finalizzata alla stipula di una convenzione con il fornitore selezionato, ai sensi dell'art. 1, comma 4, lettera a), della l.r. Lombardia 33/2007, sulla base della quale verranno disciplinati i contratti di fornitura attuativi, stipulati dai singoli enti del SSR mediante l'emissione degli ordinativi di fornitura.

D'altra parte, non sono state svolte censure relativamente agli effetti della qualificazione data dal TAR e sottoposta a critica, e la stessa appellante sottolinea che “la modalità prescelta di gara non era oggetto di diretta contestazione ... nel ricorso originario”.

Ciò premesso, le considerazioni sulla struttura dei costi non inficiano le argomentazioni del TAR, poiché – per quanto possano incidere quelli legati alla scelta della “pezzatura” dei materiali consumabili, restano confermati i limiti intrinseci alla natura della procedura di gara e del servizio da appaltare, sotto il profilo della relativa non programmabilità dei fabbisogni e della parziale indisponibilità dei dati relativi, che possono giustificare la parzialità dei dati a disposizione dei concorrenti, nonché le caratteristiche del mercato e degli operatori, che concorrono a rendere tale parzialità non preclusiva dell'elaborazione di una offerta.

La difesa di Arca ha ulteriormente sottolineato che la mancata indicazione dei dati a livello aziendale è stata conseguenza della riorganizzazione in atto della distribuzione dei carichi di lavoro e conseguentemente delle apparecchiature tra i vari enti del SSR, che avrebbero reso inattendibili o addirittura fuorvianti i dati analitici.

Deve dunque convenirsi che i concorrenti fossero in grado di confezionare le offerte, in modo prudentiale ed indicando un prezzo che desse sufficienti garanzie di trarre dall'esecuzione dell'appalto una remunerazione.

Senza considerare che, di fatto, come altresì sottolineato dal TAR, sono pervenute tre offerte da importanti operatori del settore e sono state valutate ammissibili (numero che le parti appellate sottolineano in linea con la prassi del settore merceologico, nel quale la concorrenza, trattandosi di prodotti di alto contenuto tecnologico, è ridotta), e che l'appellante non precisa in che misura la propria offerta sarebbe stata diversa qualora fosse stato disponibile il dato analitico e disaggregato la cui mancanza sostiene debba inficiare la gara.

9.4. IL, sotto altro profilo, aveva lamentato l'incongruità della base d'asta, in quanto il canone annuo per apparecchiatura, fissato nella legge di gara, non sarebbe remunerativo, con conseguente impossibilità di formulazione di un'offerta coerente.

Il TAR, per ritenere non incongrua la base d'asta, ha sottolineato (oltre alla discrezionalità esercitata da Arca) che:

- la scelta del prezzo per il singolo test è il risultato di un confronto fra Arca e gli enti del servizio sanitario regionale, che ha portato all'individuazione di una forbice di prezzo per singolo referto fra un minimo di euro 1,47 ed un massimo di euro 3,28; la fissazione del prezzo a 1,50 euro è giustificata dalla circostanza che l'appalto è riferito a volumi maggiori di quelli ordinariamente necessari al singolo ente, con possibilità di conseguenza di fissare un prezzo di poco superiore al minimo di mercato;

- del resto, Arca ha evidenziato come prezzi simili sono praticati da aziende sanitarie lombarde di grandi dimensioni, mentre appaiono inconferenti i riferimenti alle aziende sanitarie liguri o toscane.

9.5. Nell'appello, IL ribadisce che l'importo a base d'asta dei canoni annui per apparecchiatura non appare minimamente remunerativo rispetto al valore di mercato dei beni (analizzatori) posti in gara. Ciò, trattandosi di una remunerazione a costo per test, e non avendo alcuna informazione circa il numero di test per analizzatore, ha reso pressoché impossibile per i partecipanti formulare un'offerta coerente.

Le considerazioni del TAR non sono convincenti, avendo Arca solo comunicato la forbice di prezzo rilevata tra i diversi prezzi per test presenti in alcune aziende sanitarie lombarde, ma senza specificare che tipo di fornitura avesse portato a calcolare tale prezzo per test. La scelta della soglia di euro 1,50 è viziata quindi dalla volontà di utilizzare come *benchmark* il "costo per test" tra diversi Enti, senza specificare che tipo di fornitura avesse portato a tanto, e senza considerare le condizioni che lo hanno determinato.

9.6. Al riguardo, il Collegio ribadisce che un margine di opinabilità, dati i presupposti di fatto e la tipologia della gara, era inevitabile e fisiologico, tale da costituire un'alea non esorbitante l'ordinario rischio d'impresa.

Anche la possibilità che il parametro di riferimento venisse individuato attraverso una comparazione delle caratteristiche della *lex specialis* delle diverse forniture da cui i dati erano stati tratti, non riesce a inficiare la procedura. L'argomento basato sulla dimensione della gara e sulle conseguenti possibilità di ottenere un prezzo più competitivo rispetto a quello praticato nelle singole aziende appare

infatti dirimente, anche alla luce della considerazione di Arca che presso presidi di medio-grande dimensione e con numeri di refertazioni significativi si riscontrano già oggi valori appena superiori a quello a base di gara (Arca cita al riguardo l'ASST Sette Laghi, l'ASST Rhodense e l'ASST Garda, con valori rispettivamente di 1,62, 1,55 e 1,51 euro - anche se non in proporzione diretta al numero dei test effettuati presso ciascuna struttura) e la stessa appellante, operatore di settore che può presumersi sia a conoscenza dell'andamento delle gare, anche nelle regioni limitrofe, non prospetta elementi specifici di raffronto, utili a dimostrare la scarsa attendibilità dei dati presi a riferimento da Arca.

Va ribadito che sono state presentate tre offerte ritenute congrue, e che l'appellante non ha specificato i margini di incertezza che, per effetto del condizionamento di previsioni illegittime, caratterizzerebbero il contenuto dell'offerta presentata.

9.7. Un altro profilo di censura, incentrato sulla mancata indicazione del numero e della frequenza dei controlli richiesti, è stato rinunciato in appello da IL (a seguito della rettifica del bando con differimento del termine, operata da Arca in corso di giudizio).

9.8. Viene invece riproposta la censura incentrata sul fatto che l'art. 2.3 del capitolato non indica quanti sistemi informatici e quanti interfacciamenti devono essere forniti.

Il TAR ha respinto la censura, sottolineando che l'art. 3.1. indica le caratteristiche del Sistema Informatico Integrato, mentre ulteriori informazioni sull'argomento sono contenute nel chiarimento fornito da Arca in data 22 novembre 2016, e che le indicazioni devono così ritenersi sufficientemente determinate, tali in ogni modo da

consentire la presentazione di un'offerta consapevole, avuto riguardo ad ogni modo alle caratteristiche dell'appalto, come sopra esposte.

9.9. IL ribadisce in appello che l'unico riferimento è presente nell'art. 3 del capitolato, in cui si elencano i Sistemi Gestionali di Laboratorio e i Middleware, senza tuttavia specificare dove si trovi ciascun sistema e quanti strumenti dovranno essere interfacciati ad ognuno: ciò causa una essenziale indeterminatezza sui costi dell'informatica per ciascun operatore economico. Né è stata fornita alcuna specificazione in ordine al tipo di sistema presente in ciascuno degli enti aderenti alla convenzione (cosicché, in presenza di sistema c.d. "proprietario" di uno dei concorrenti, questi godrebbe di un ingiusto vantaggio).

I chiarimenti resi da Arca non hanno consentito la riduzione del grado di indeterminatezza della richiesta, dato che la stazione appaltante si è infatti limitata ad enumerare i Sistemi Gestionali di Laboratorio e i Middleware già elencati nel capitolato.

9.10. Il Collegio osserva che le informazioni fornite delineano la struttura fondamentale del sistema informatico in relazione al quale sono state richieste le prestazioni in esame.

Le indicazioni fornite avrebbero potuto essere più dettagliate, ma, va nuovamente sottolineato, la tipologia di procedura e le relative variabili, non potendosi prevedere quali e quanti enti avrebbero aderito alla convenzione in tempi successivi, e dovendosi poi definire l'accordo con i fornitori di LIS e Middleware, giustificavano la mancanza degli ulteriori dati sui quali è incentrata la censura.

Anche in questo caso, peraltro, l'appellante non precisa sotto quali aspetti ed in che misura la propria offerta, qualora le informazioni

fornite fossero state dettagliate come pretende, avrebbe avuto contenuti tecnici o economici diversi da quella presentata in gara.

La considerazione secondo la quale l'esistenza di sistemi c.d. proprietari (peraltro, allo stato soltanto ipotizzata) potrebbe recare un vantaggio ad alcuno dei concorrenti non denota alcuna anomalia, facendo parte degli elementi che possono incidere sulla competizione, derivanti dallo svolgimento (legittimo, deve supporre) di attività pregresse e dalla continuità funzionale dei sistemi informativi.

10. Con un secondo motivo, IL aveva dedotto censure di genericità ed indeterminatezza nei confronti di tre dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica - prova tecnica di laboratorio con presentazione della ditta fornitrice (6 punti); disegno dell'architettura e funzionalità del programma informatico (3 punti); e descrizione delle modalità di formazione e addestramento (2 punti) - ritenuti non sufficientemente determinati e rimessi così all'arbitrio della commissione di gara.

Il TAR ha ritenuto che i criteri fossero stati indicati nella *lex specialis* con sufficiente determinazione, tale da consentire alla commissione, quale organo tecnico, di esprimere il proprio consapevole giudizio.

Inoltre, nello stesso motivo, IL aveva dedotto la contraddittorietà fra il requisito minimo (pag. 8 del capitolato) consistente nell'esistenza di procedure di manutenzione automatiche dello strumento offerto, ed il criterio di valutazione che premia invece la riduzione dei tempi di manutenzione, che non sarebbe quindi automatica (pag. 49 del disciplinare).

Il TAR ha ritenuto che la censura fosse travisata, perché ha confuso la manutenzione automatica eseguita ordinariamente e periodicamente dall'apparecchio con le misure straordinarie per

rotture o sostituzione, che impongono invece l'intervento del personale dell'appaltatore.

10.1. Nell'appello (la censura in esame risulta approfondita anche con il terzo motivo), IL ribadisce che non è chiaro quali siano i "requisiti" cui l'offerta deve rispondere né quali siano gli "elementi migliorativi" ed il relativo interesse, che dovrebbero orientare i commissari nell'attribuzione dei coefficienti, che poi si traducono in punteggi. Lamenta che in sede di convocazione delle aziende per l'esecuzione della prova pratica, a posteriori rispetto alla pubblicazione della *lex specialis* e dunque in violazione dell'art. 95, comma 6, del d.lgs. 50/2016, la Commissione abbia deciso quali sarebbero stati i criteri di valutazione, così integrando illegittimamente il dettato del capitolato. Per di più, è stato predisposto un questionario diverso per ciascun concorrente.

Quanto al profilo di contraddittorietà denunciato, il TAR avrebbe errato nel ritenere la censura basata su un travisamento, posto che le misure straordinarie per rotture o sostituzione sono del tutto imprevedibili, diverse da caso a caso e quindi non potevano costituire oggetto di giudizio *ex ante* da parte della Commissione.

10.2. Il Collegio ritiene che la definizione della griglia dei criteri di valutazione e l'esternazione dell'apprezzamento concreto operato dai commissari si sottraggano alle censure dedotte.

Va premesso che, come sottolineato anche dal TAR, i giudizi tecnico discrezionali della commissione giudicatrice possono essere censurati davanti al giudice soltanto in caso di travisamento della realtà fattuale o di manifesta illogicità delle valutazioni (cfr., fra le tante, Cons. Stato, III, n. 476/2017 e n. 4901/2017).

Nel caso in esame, se è vero che i criteri oggetto di censura individuano in modo abbastanza ampio gli aspetti dell'offerta tecnica meritevoli di apprezzamento, va considerato che il disciplinare (pagg. 48-51), riguardo ai parametri per i quali l'attribuzione del punteggio è previsto avvenga in modo "ponderale" (vale a dire, mediando i coefficienti discrezionalmente attribuiti da ciascun commissario, senza ulteriori criteri prefissati - tra i quali rientrano i tre criteri oggetto di censura), ha corredato la griglia dei giudizi da attribuire - da "sufficiente" ad "ottimo", con le valutazioni intermedie di "accettabile", "discreto" e "buono" - e dei relativi coefficienti - fra zero ed uno, sui quali è poi stata calcolata la media, da moltiplicarsi per il punteggio massimo previsto per l'elemento qualitativo - con l'indicazione dei corrispondenti livelli qualitativi ("rispondente ai requisiti senza elementi migliorativi ... con elementi migliorativi non di particolare interesse e rilievo ... con elementi migliorativi interessanti ... con elementi migliorativi di particolare rilievo" e "ampiamente superiore ai requisiti"). Inoltre, la Commissione ha redatto una tabella excel, contenente tutti i coefficienti attribuiti, le caratteristiche riscontrate nei prodotti e note esplicative delle valutazioni effettuate, e per la prova pratica ha analiticamente precisato i contenuti della illustrazione dei prodotti da parte dei concorrenti, i quesiti a ciascuno posti ed i relativi riscontri valutativi (cfr. verbale n. 15 e tabella allegata).

Su come siano stati attribuiti i punteggi, peraltro, IL non ha dedotto censure specifiche.

E' vero che, per la prova tecnica di laboratorio (6 punti), la Commissione ha individuato uno schema di quesiti da porre ai concorrenti, decidendo "di approfondire gli aspetti legati alla

maneggevolezza, ergonomia e facilità d'uso degli strumenti offerti in gara, oltre alle eventuali interazioni degli stessi con i software/sistemi informativi offerti" (cfr. verbale n. 14); e che, a seguito dell'illustrazione dei prodotti, ha posto ai concorrenti quesiti non identici. Ciò, tuttavia, non costituisce integrazione *ex post* dei criteri, bensì sviluppo logico della previsione di una prova tecnica di laboratorio evidentemente finalizzata a verificare ed approfondire quanto indicato nelle dichiarazioni e nella documentazione tecnica, posto che maneggevolezza, ergonomia e facilità d'uso, ancorché non espressamente menzionati nel capitolato, sono aspetti di qualità intrinseci all'apparecchio offerto, ed in tal modo la valutazione non è andata a sovrapporsi a quella delle caratteristiche strutturali e funzionali apprezzate in relazione agli altri criteri.

D'altra parte, l'appellante non precisa quali altri aspetti avrebbero potuto orientare l'attribuzione dei punteggi per la prova tecnica, e i quesiti posti appaiono in massima parte comuni (secondo uno schema prefissato) e solo in alcuni casi (opportunamente) distinti in ragione delle diverse caratteristiche dei prodotti.

In sostanza, il Collegio ritiene condivisibile la valutazione del TAR, nel senso che l'operato della Commissione si sia risolto nell'individuazione di una serie di criteri di dettaglio, comunque non lesivi della *lex specialis*, e necessari per consentire il migliore esercizio della discrezionalità comunque riconosciuta alla commissione nell'attribuzione del punteggio tecnico.

Quanto al dedotto profilo di contraddittorietà, le censure dell'appello non mettono in discussione la differenza tra gli adempimenti sottolineata dal TAR, e comunque l'imprevedibilità investe, semmai, il concreto verificarsi delle situazioni che richiedono misure

straordinarie per rotture o sostituzione, non la possibilità di apprezzare *ex ante* l'esistenza di un'organizzazione idonea a farvi fronte nel rispetto di determinati tempi.

11. Con il terzo motivo, IL aveva censurato l'innovazione del contenuto della *lex specialis* che, senza adeguata ripubblicazione, sarebbe stata operata attraverso il chiarimento in data 22 novembre 2016.

Il TAR ha rigettato la censura, sottolineando che l'integrazione circa il numero dei controlli minimi richiesti per ciascun esame era stata pubblicata nelle stesse forme del bando, con differimento dei termini della gara.

11.1. IL nell'appello lamenta che altre parti del capitolato sarebbero state illegittimamente integrate da chiarimenti e/o interpretazioni della Commissione, senza che la ripubblicazione le abbia assorbite. E precisa che la censura ha rilievo perché altri concorrenti avrebbero dovuto essere esclusi per mancanza di requisiti, sulla base del capitolato (originario).

In questa prospettiva, ribadisce che:

(a) - in relazione alla caratteristica di minima “calibrazioni automatiche per tutti i parametri misurati”, è evidente la modifica del capitolato, laddove il chiarimento (alla domanda 11, punto 1) ha indebitamente circoscritto la suddetta caratteristica di minima esclusivamente alle calibrazioni quotidiane ed escludendo qualsiasi altro tipo di calibrazione con una differente periodicità (col risultato di rendere ammissibile l'offerta De Mori che prevede la calibrazione trimestrale manuale);

(b) – tra i requisiti di minima a pena di esclusione contenuti nel capitolato, è richiesto di offrire “reattivi pronti all'uso e caricabili a

bordo del sistema disponibili in cartucce - di differenti pezzature - contenenti tutti i componenti necessari per l'esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione"; a fronte della richiesta (domanda n. 6, punto 2) di specificare se "come "componenti" necessari per l'esecuzione di tutti i parametri, si intendono tutti i sensori/moduli necessari alla misura di tutti i parametri richiesti incluso il percorso fluidico del campione dalla sua aspirazione", la stazione appaltante ha confermato; tuttavia, la Commissione, in modo del tutto arbitrario ed in contrasto con la *lex specialis*, ha introdotto l'inedito concetto di "componenti core", ovvero essenziali, così escludendo la sonda e la fluidica dai componenti che debbono essere contenuti in cartuccia ed ammettendo dunque l'offerta De Mori (in quanto nell'analizzatore ABL90 FLEX parte della fluidica, ivi compresa la sonda di campionamento, è parte dello strumento e non è quindi contenuta in una cartuccia);

(c) – rispetto ad una richiesta di "fornitura in service di strumenti monocontenitore per reagenti e reflui (a cartuccia)". Siemens ha offerto in gara lo strumento RapidPoint 500 che contiene reagenti e reflui in due contenitori separati (denominati "cartuccia di misura" e "cartuccia di lavaggio/scarico", e la Commissione (verbale n. 19) ha ritenuto l'offerta idonea in quanto le caratteristiche delle due cartucce risulterebbero "funzionalmente indifferenti per la finalità della strumentazione offerta"; tuttavia, il concetto di "funzionalmente indifferenti" non si rinviene in alcuna parte del capitolato, ed anzi è chiaramente modificativo del medesimo; e comunque, qualora Siemens avesse voluto dimostrare l'equivalenza funzionale della propria soluzione rispetto al capitolato, essa avrebbe dovuto, tramite apposita dichiarazione, far riferimento al "principio di equivalenza"

di cui all'art. 68 del d.lgs. 50/2016, e la Commissione avrebbe potuto pronunciarsi accogliendo o rigettando la dichiarazione di equivalenza.

11.2. Il Collegio ritiene di posticipare l'esame dei primi due profili suddetti (a e b), che riguardano in sostanza l'offerta De Mori.

Riguardo al terzo profilo (c), che riguarda l'offerta di Siemens, la censura risulta approfondita da IL anche con il successivo quarto motivo dell'appello, concernente censure escludenti nei confronti dei concorrenti.

Il TAR ha esaminato e ritenuto infondata la censura, sottolineando che:

- il capitolato, per il lotto 1, dopo avere previsto la fornitura di strumenti monocontenitore, stabilisce, in dettaglio che deve trattarsi di apparecchiature funzionanti esclusivamente “con reattivi disponibili in cartucce contenenti tutti i componenti necessari per l'esecuzione di tutti i parametri...”, in contrapposizione invece al lotto n. 2, riguardante apparecchiature “tradizionali” (pag. 3); inoltre, nell'elenco dei requisiti minimi del lotto n. 1, vi è un ulteriore riferimento ai “reattivi ... disponibili in cartucce ...” (pag. 8);
- l'apparecchio offerto da Siemens si presenta come un apparecchio innovativo, che utilizza cartucce “a perdere”, che possono essere cambiate facilmente e ciò lo distingue da apparecchi più tradizionali, che richiedono invece più lunghe e complesse operazioni di gestione, e la conformità e funzionalità dell'apparecchio sono state positivamente valutate dalla Commissione di gara nella seduta del 18 settembre 2017 (cfr. verbale n. 19).

11.3. Il Collegio osserva che la formulazione testuale complessiva della legge di gara rendeva possibile l'interpretazione data dal TAR,

ma avrebbe anche potuto condurre ad un prodotto con cartuccia unica, posto che i riferimenti alle cartucce (al plurale) si spiegherebbero anche con il fatto che si tratta di materiali di consumo, rinnovabili nel tempo a fronte dell'unico apparecchio utilizzatore.

In ogni caso, la Commissione di gara ha esplicitato una valutazione in termini di equivalenza, in quanto, disattendendo il rilievo di IL circa l'utilizzazione da parte dell'apparecchio offerto da Siemens di due contenitori distinti, ha confermato il possesso del requisito sottolineando che "distingue le due componenti core in due cartucce ... le cui caratteristiche operative risultano funzionalmente indifferenti per le finalità della strumentazione offerta".

Detta indifferenza funzionale, vale a dire la constatazione che non vi fosse alcuna apprezzabile differenza tra un apparecchio con una ed uno con due cartucce, equivale a ritenere che, sotto questo aspetto, la diversità di formulazione nella descrizione dei prodotti dei due lotti non avesse alcuna giustificazione (cosicché, va esplicitato, avrebbe potuto determinare una immotivata restrizione della concorrenza).

L'art. 68 del d.lgs. 50/2016 (e, prima ancora, l'omologa disposizione del d.lgs. 163/2006), in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, è finalizzato a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'Amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in

maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto (cfr. Cons. Stato, III, n. 1316/2017).

Pertanto, 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: ciò che nel caso in esame non è avvenuto.

Tanto più che l'art. 68 vigente, non prevede più che “L'operatore economico che propone soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche equivalenti lo segnala con separata dichiarazione che allega all'offerta” (art. 68, comma 6, d.lgs. 163/2006), mentre ha mantenuto la possibilità di dimostrare nell'offerta “con qualsiasi mezzo appropriato ... che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche” (art. 68, commi 7 e 8, del d.lgs. 50/2016).

12. Con il quarto motivo di appello, IL, approfondendo profili di censura già esaminati, torna ad evidenziare aspetti di difformità delle offerte di De Mori e Siemens rispetto alle caratteristiche minime poste a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

Il Collegio ritiene di posporre l'esame di quelli rivolti all'offerta De Mori (che sostanzialmente coincidono con quelli già indicati al punto 11.1., a) e b).

Per quanto concerne quelli rivolti all'offerta di Siemens, il primo (che coincide con quello indicato al punto 11.1., c), è già stato esaminato e ritenuto infondato.

Il secondo è incentrato sul rilievo secondo il quale lo strumento di Siemens (in quanto necessita di volumi di campione variabili in relazione al tipo di siringa, il cui volume di riempimento supera spesso la misura di 200 microlitri) non corrisponde al requisito minimo dal “ridotto volume campione (comunque non superiore a 200 µL)” (cfr. capitolato, pag. 8).

Secondo IL, il “volume campione” della legge di gara corrisponde al volume massimo di prelievo al paziente e deve essere indipendente dal mezzo di prelievo utilizzato, rappresentato dalla siringa, quest’ultima di varie dimensioni; la stazione appaltante, nel chiarimento n. 8 alla domanda n. 3, avrebbe confermato tale interpretazione.

12.1. Il TAR ha respinto la censura, sottolineando che:

- lo strumento offerto da Siemens esegue l’analisi del pannello analitico completo utilizzando 100 microlitri di campione, quindi una misura inferiore a quella massima del capitolato (cfr. Guida Utente di RapidPoint 500, che utilizza solo 100 microlitri di campione per analisi); ciò che varia, invece, è il volume di riempimento della siringa, che è talora inferiore (in caso ad esempio di tubo capillare) ma che può arrivare a 800 microlitri nei più grandi mezzi di prelievo:
- tuttavia la legge di gara (da interpretarsi con i criteri già sopra ricordati), indicando semplicemente il “volume campione” massimo, senza altro aggiungere e senza soprattutto fare riferimento agli strumenti di prelievo, deve essere interpretato nel senso dell’idoneità dello strumento di analisi (e non di quello di prelievo, non oggetto di gara), per cui il richiamo non può che essere al volume utilizzato dall’apparecchio e non a quello prelevato dal paziente;

- se è pur vero che Arca pare avere offerto un chiarimento di segno opposto (domanda n. 3 e relativo chiarimento n. 8), nondimeno la stessa stazione appaltante ha però fornito un chiarimento nel senso indicato da Siemens (domanda n. 6 e relativo chiarimento n. 3) e a fronte di due chiarimenti contraddittori, non può che prevalere quello conforme alla legge di gara.

Il TAR ha aggiunto – riguardo al rilievo secondo cui Siemens per lo stesso profilo sarebbe stata esclusa da una gara indetta dall'A.O.U. di Catania – che in quel caso il capitolato richiedeva un volume campione di 150 microlitri “indipendentemente dal dispositivo di prelievo utilizzato”, a differenza dell'appalto in questione, dove il riferimento è al volume campione ma non al mezzo di prelievo.

E che Siemens ha documentato che i maggiori produttori di siringhe per emogasanalisi richiedono volumi minimi all'interno delle siringhe ben maggiori di 200 microlitri, per cui sotto tale profilo l'interpretazione della legge di gara propugnata dalla ricorrente appare illogica, finendo di fatto per rendere illogico se non addirittura impossibile da rispettare, anche il requisito richiesto.

In conclusione, secondo il TAR, non ha errato la commissione di gara nel ritenere che il requisito si riferisca al volume necessario per l'esecuzione del pannello da parte dello strumento e non al volume di campione di prelievo sul paziente (cfr. verbale n. 19).

12.2. IL torna a prospettare la difformità rispetto al requisito, sottolineando che una limitazione relativa al volume di riempimento della siringa non è un'idoneità dello strumento di prelievo, bensì dell'analizzatore ad eseguire un'aspirazione efficace con tale dispositivo di prelievo; e ribadisce che la verifica disposta dal CGA di Palermo (riguardo ad una gara indetta dall'A.O.U.

Policlinico Vittorio Emanuele di Catania, in cui Siemens era stata esclusa) ha evidenziato la mancanza del requisito nel prodotto offerto da Siemens.

12.3. Il Collegio osserva che, in presenza di una formulazione letterale non univoca e di chiarimenti suscettibili di essere interpretati complessivamente anche nel senso opposto a quello propugnato dall'appellante, non può preferirsi l'interpretazione più restrittiva che conduca all'esclusione dell'offerta, ma deve preferirsi quella che, in ossequio al *favor participationis*, permetta un confronto concorrenziale più ampio.

Non conduce, infatti, a diversa conclusione quanto desumibile dalla verificazioni invocate da IL, posto che la valutazione viene qui operata sulla base del tenore della legge di gara e della portata applicativa che ad essa può essere attribuita, prima ancora di procedere ad una valutazione sotto il profilo tecnico-scientifico.

Pertanto (con riserva di approfondire, in relazione al gravame di De Mori, la rilevanza di altri accertamenti tecnici effettuati in diversi giudizi), va aggiunto che l'esito della verifica suddetta appare condizionato dal diverso tenore della legge di gara, che accompagnava il parametro del volume con la indicazione "indipendentemente dal dispositivo di prelievo utilizzato", tale da supportare una opposta soluzione interpretativa.

Poiché i requisiti minimi devono ritenersi di stretta interpretazione, in considerazione del fatto che incidono sulla *par condicio* dei partecipanti, e non possono ricavarsi requisiti di partecipazione impliciti, l'esclusione non può essere disposta se il significato della specifica tecnica non sia del tutto univoco.

Pertanto, le argomentazioni del TAR meritano di essere condivise.

12.4. Non è stata riproposta in appello la censura dedotta in primo grado riguardo alla pretesa anomalia dell'offerta di Siemens.

13. L'infondatezza delle censure esaminate fa venir meno l'interesse di IL ad una pronuncia sul merito delle censure rivolte all'ammissione dell'offerta di De Mori, non potendo comunque IL ottenere l'aggiudicazione a causa dell'intangibilità della posizione di Siemens.

Parimenti improcedibile risulta il relativo appello incidentale di Siemens, volto a far valere nei confronti di IL censure escludenti (per aver offerto analizzatori che presentano caratteristiche tecniche diverse e rispondono ad esigenze e carichi di lavoro diversi, e dunque un'offerta duplice e condizionata, in violazione dell'art. 32, comma 4, del d.lgs. 50/2016; perché detti strumenti non sono in grado di produrre carte di controllo ed elaborazioni statistiche, come richiesto dal capitolato; perché anch'essi non operano con un solo contenitore cartuccia; perché non soddisfano i requisiti relativi a "reattivi pronti all'uso e caricabili a bordo del sistema disponibili in cartucce – di differenti pezzature – contenenti tutti i componenti necessari per l'esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione", "calibrazioni automatiche per tutti i parametri misurati" e "procedure di manutenzione automatiche eseguite dall'analizzatore senza necessità di intervento dell'operatore").

Come anche quello di De Mori, volto a far valere nei confronti di IL censure escludenti, in larga parte analoghe (per errata formulazione dell'offerta riguardo ai costi interferenziali della sicurezza; per violazione dei principi di imparzialità, buon andamento ed unicità dell'offerta, mediante offerta di due distinti modelli di analizzatore; per mancanza del requisito relativo alle cartucce contenenti tutti i

componenti necessari per l'esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione; per mancanza del requisito relativo alle calibrazioni automatiche; per mancanza del requisito relativo alle procedure di manutenzione automatiche senza necessità di intervento dell'operatore), oltre a censure caducatorie dell'intera gara, peraltro coincidenti con quelle dedotte con il proprio appello principale ed appresso esaminate.

14. Passando ad esaminare l'appello di De Mori, la società aveva sostenuto che l'offerta di Siemens dovesse essere esclusa in quanto contenente un errore su un elemento essenziale (vale a dire il valore dei costi non soggetti a ribasso), errore che l'amministrazione avrebbe illegittimamente consentito di sanare attraverso il soccorso istruttorio.

Il TAR ha respinto la censura, sottolineando che si è trattato di errore materiale – consistente nell'aver indicato i costi da interferenza non soggetti a ribasso (anziché nella misura, pari a zero, prevista dai punti 1.7. e 4.2.3. del disciplinare) in euro 672.786,55 – posto che detta indicazione (corrispondente alla somma del costo della manodopera e dei costi aziendali della sicurezza, indicati nell'offerta) non inficiava il valore totale dell'offerta economica, quale risultante sia dalla dichiarazione di offerta sia dalla piattaforma Sintel, pari ad euro 4.853.155,392.

14.1. Con il primo motivo dell'appello, De Mori ripropone la censura, sostenendo che l'errore non era emendabile (non essendo frutto di un errore di calcolo o di un involontario refuso o di un lapsus calami, bensì di un errore di comprensione e d'applicazione di quanto era richiesto in modo univoco dal disciplinare), che la rettifica ha comportato variazione dell'offerta (perché tali oneri costituivano

una voce del valore dell'offerta economica, che il concorrente doveva esplicitamente accettare e sottoscrivere digitalmente), che non vi sarebbe alcun atto di Siemens che esprima la precisa valorizzazione richiesta dal disciplinare, e che quindi, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016, non vi erano nemmeno margini per il soccorso istruttorio.

14.2. Il Collegio osserva che l'errore compiuto da Siemens non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce erroneamente inserita a sistema in fase di compilazione e caricamento della stessa (che nulla ha a che vedere con i costi della sicurezza c.d. aziendali).

Le argomentazioni dell'appellante non colgono nel segno, in quanto la precostituzione e la mancanza di valorizzazione dei costi da interferenza privano di effetti sostanziali l'erronea indicazione, e relegano a mero formalismo la necessità di una esplicita tempestiva accettazione del valore corretto, così da rendere consentito (se non dovuto) il soccorso istruttorio disposto dalla Commissione e dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016.

Infatti, non essendo derivata, dall'errore e dalla rettifica, alcuna distorsione dell'offerta, qualora Arca avesse escluso Siemens per tale motivazione, un simile provvedimento avrebbe sollevato dubbi sotto il profilo del contrasto con il principio di proporzionalità.

La giurisprudenza, come ricorda Arca, ha più volte affermato che le offerte devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superando le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (cfr. Cons. Stato, V, n. 2082/2015; III, n. 5196/2014); che tale ricerca può quindi anche consistere

nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta (cfr., Cons. Stato, III, n. 1487/2014 e n. 4592/2012; VI, n. 889/2013); e dunque risulta legittimo il potere di rettifica di errori materiali o refusi, purché circoscritto alle ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta e risulti palese che la dichiarazione discordante non è voluta, ma è frutto di un errore ostativo, da rettificare in applicazione dei principi civilistici contenuti negli artt. 1430-1433 del codice civile (cfr., nel solco di Cons. Stato, A.P., n. 9/2014, TAR Lazio Roma, II, n. 5060/2016; TAR Lombardia, IV, n. 1554/2016).

15. Con altra censura, anche De Mori aveva sostenuto che l'offerta di Siemens avrebbe dovuto essere esclusa per inosservanza del requisito minimo riguardante il "ridotto volume campione".

Il TAR ha respinto la censura, richiamando le argomentazioni spese a proposito di quella omologa prospettata da IL.

Con l'appello, De Mori ribadisce la censura, prospettando argomentazioni in parte diverse da quelle proposte da IL nel suo appello.

In particolare, lamenta che il TAR avrebbe ignorato un accertamento istruttorio, pur prodotto agli atti del giudizio, consistente in una verifica (disposta dal CGA in un contenzioso all'epoca in corso, relativo ad una gara di pari oggetto espletata dalla ASP di Ragusa) che, a fronte di specifiche tecniche del tutto analoghe, ha ritenuto l'apparecchio RAPID Point 500 di Siemens non conforme.

Sostiene poi che i chiarimenti sarebbero, effettivamente, contraddittori solo se si adottasse una nozione di "volume di

campione” coincidente con la quantità di sangue aspirata dentro l'apparecchio (volume aspirato); mentre invece, se si assume che il volume di campione è “la quantità di campione di sangue che deve essere prelevato al paziente, necessaria per eseguire il profilo analitico richiesto”, questa definizione permette di armonizzare il contenuto dei chiarimenti e di leggerli in reciproca connessione (o comunque non in reciproco contrasto).

Contesta, poi, l'argomento del TAR secondo il quale i produttori di siringhe individuano un volume di riempimento assai maggiore di 200 microlitri, invocando l'esito di una ulteriore verifica disposta dal CGA, successivamente all'emissione della sentenza appellata (anche in questo caso, relativamente ad una gara espletata dalla A.O.U. di Catania, concernente le attrezzature emogasanalitiche di Roche, Instrumentation Laboratory e De Mori), che dimostrerebbe che: (i) sul piano metodologico e clinico i quantitativi teorici raccomandati dai fabbricanti di siringhe recedono innanzi al dato reale (pur coincidente con ridottissime quantità), che prevale in emogasanalisi; (ii) gli strumenti di emogasanalisi presenti sul mercato non sono affatto vincolati al quantitativo di sangue raccomandato dai produttori di siringhe, tanto che sono idonei ad eseguire con successo il test; (iii) la capacità di aspirazione di un analizzatore dipende dalla sua efficienza tecnologica (in alcuni casi, non è richiesto un volume di riempimento minimo della siringa, come ad esempio per l'ABL90 di De Mori; mentre in altri casi tale volume è necessario per il funzionamento dell'analizzatore: e questo è il caso dichiarato del RAPID Point 500 di Siemens, che qui rileva).

15.1. Il Collegio non ritiene che le specifiche argomentazioni dedotte da De Mori siano idonee a condurre ad una conclusione diversa da

quella raggiunta riguardo all'omologa censura dedotta da IL, sopra esaminata.

La valutazione operata dal TAR si basa, correttamente, sull'individuazione dei diversi significati che, alla luce di chiarimenti non del tutto univoci, poteva attribuirsi alla definizione del requisito minimo, e sulla considerazione che fosse legittimo ammettere l'offerta presentata, in quanto conforme al requisito secondo uno dei significati attribuibili al capitolato.

Giova sottolineare che, in data 5 dicembre 2016, nel chiarimento n. 8 alla domanda n. 3, Arca aveva confermato che “il volume campione necessario è relativo al volume minimo di prelievo al paziente necessario all'esecuzione del test”, mentre nel chiarimento n. 3 alla domanda n. 6, aveva confermato che “il requisito “si riferisce al volume necessario allo strumento analitico per l'esecuzione dell'intero pannello analitico”.

Va ricordato che nel requisito il volume minimo era testualmente riferito al campione, e non al prelievo di sangue, e come tale - non sussistendo nell'ambito della gara evidenze tali da condurre, attraverso la considerazione del significato logico della previsione e delle sue implicazioni funzionali, a sovvertire il dato testuale – poteva essere applicata. Le argomentazioni delle verificazioni invocate da De Mori, pongono in rilievo aspetti funzionali del requisito in questione, ma – almeno, per quanto esposto negli atti di De Mori – non permettono di superare la rilevanza delle suddette ambiguità testuali, che restano dunque dirimenti.

Quanto all'argomento concernente la rispondenza della performance assicurata dallo strumento offerto da Siemens allo standard previsto dai produttori di siringhe, si tratta di affermazione rafforzativa di una

valutazione già sufficientemente fondata su considerazioni di diverso tenore. E comunque, l'affermazione in sé non risulta smentita dalle risultanze della verifica – peraltro, relativa ad una causa in cui Siemens non era parte - dalla quale sembrano piuttosto trarsi argomenti per sminuire il valore delle raccomandazioni provenienti dai produttori di siringhe.

16. Restano da esaminare le censure, dedotte da De Mori in via subordinata, volte alla rinnovazione della gara.

De Mori aveva lamentato che nello svolgimento della procedura di gara sarebbe stato violato il principio di apertura in seduta pubblica delle offerte tecniche.

Tanto, in ragione del fatto che nella seduta pubblica del 1 marzo 2017 la Commissione aveva riscontrato la presentazione delle offerte e dei documenti ad esse relativi, senza però aprire i singoli documenti e senza verificarne il contenuto, attività queste ultime che erano svolte nelle successive sedute riservate.

Il TAR ha respinto la censura sottolineando che lo svolgimento della procedura elettronica, per le proprie caratteristiche, rende estremamente improbabile l'ipotetica manomissione o manipolazione dei documenti caricati a sistema, posto che essi sono identificati con un codice (hash) che garantisce l'identità e la paternità dei documenti stessi, e che le eventuali modifiche di detti codici sono segnalate dal sistema, per cui la commissione – ma anche gli operatori interessati, attraverso l'accesso agli atti del procedimento – possono facilmente individuare eventuali manipolazioni dei documenti.

Ha aggiunto che la visione integrale in seduta pubblica del contenuto di tutti i files trasmessi, renderebbe la procedura di gara

estremamente lunga, in contrasto con esigenze di economicità, efficacia e tempestività dell'azione amministrativa.

16.1. Nell'appello, De Mori torna a sostenere che l'operato della Commissione di gara si pone in contrasto con il principio di pubblicità della seduta di apertura delle offerte tecniche, in quanto nel disciplinare era previsto che "Al termine della verifica dei documenti contenuti nella Documentazione amministrativa (...), la Commissione di gara procederà in seduta pubblica (...) relativamente a ciascun singolo Lotto alla apertura (sblocco) e visione delle Offerte Tecniche dei concorrenti ammessi a tale fase.

Siffatta "visione" non è la "visibilità" - o mera visualizzazione d'una cartella .zip non cliccata - bensì l'effettiva visione del contenuto di tale cartella compressa, che postulava il download e la verifica estrinseca d'esistenza/validità/regolarità dei files .pdf racchiusi nella cartella zippata.

16.2. Il Collegio osserva che l'evidenziazione della previsione del disciplinare non inficia le considerazioni svolte dal TAR a proposito della estrema improbabilità ed agevole riconoscibilità di eventuali manipolazioni dei documenti.

Anzitutto, la considerazione aggiuntiva svolta dal TAR è tutt'altro che peregrina, posto che, da un lato, l'esame in seduta pubblica del contenuto interno dei singoli documenti, presenti nei file elettronici, oltre a poter determinare delle potenziali violazioni della privacy e della riservatezza, in relazione alla conoscibilità di eventuali contenuti da non divulgare presenti nelle singole offerte, avrebbe comportato tempi assai lunghi. Dall'altro, l'apertura e lo scorrimento veloce anche di ogni documento incluso nella cartella (offerta tecnica), non avrebbero realisticamente sortito alcun effetto utile sia per i

commissari di gara sia per gli stessi rappresentanti delle ditte concorrenti presenti in seduta.

Soprattutto, la stessa appellante conferma la fondatezza della valutazione operata dal TAR nel senso che la procedura elettronica rende estremamente improbabile l'ipotetica manomissione o manipolazione dei documenti caricati, allorché ribatte che “è pur vero che un pericolo siffatto non è scongiurato in maniera assoluta, essendo eventualmente imputabile ad un errore, pur sempre possibile, del sistema stesso”.

Va in ogni caso sottolineato, quanto ai rimedi per ovviare a tale improbabile evento, che nel disciplinare (pag. 43) è previsto che “le eventuali modifiche degli hash saranno segnalate dal Sistema e oggetto di valutazione da parte della commissione e, se ritenute essenziali, saranno oggetto di esclusione”; e, come sottolinea la difesa di Arca, nel caso in cui un concorrente volesse poter visionare nel dettaglio la documentazione tecnica potrebbe richiedere (come avvenuto nella gara) l'accesso agli atti o addirittura ai log del sistema di piattaforma Sintel, in aderenza ai principi di trasparenza e pubblicità.

Può aggiungersi, come pure rilevato dal TAR, che la giurisprudenza di questa Sezione ha, riguardo ad un'altra gara svolta attraverso la piattaforma telematica regionale Sintel, affermato che “la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella “conservazione” dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei

partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (cfr. Cons. Stato, III, n. 4990/2016, che richiama id., n. 4050/2016 e V, n. 5377/2014).

17. Inoltre, anche De Mori, come IL, aveva lamentato la genericità della legge di gara, che avrebbe impedito la presentazione di un'offerta congrua.

Il TAR ha respinto la censura, richiamando le considerazioni sopra ricordate (a proposito dell'appello di IL).

17.1. La censura viene riproposta nell'appello.

Comune alla doglianza dedotta da IL, sopra esaminata, è il profilo relativo alla insufficienza della base d'asta, che l'appellante argomenta con riferimento alla omessa indicazione del quantum effettivo delle forniture, quale elemento che avrebbe potuto ricondurre a limiti fisiologici l'alea contrattuale derivante dalla previsione di un canone annuo strumentale di modesta entità (ribassabile, ma non superabile), di un costo per test basso (corrispondente alla soglia minima della forbice individuata da Arca) e dell'obbligo di fornire cartucce di materiale reattivo e diagnostico "di differenti pezzature".

Una ulteriore argomentazione, della quale De Mori lamenta il mancato esame da parte del TAR, fa leva sulla sproporzione del sinallagma contrattuale a carico degli offerenti e a favore delle parti pubbliche, in quanto esse risultano non gravate da alcuna obbligazione, rimangono libere di ordinare quantitativi di prodotti, anche marginali, in ogni caso notevolmente inferiori al massimo previsto, che viceversa vincola il fornitore.

17.2. Il Collegio ribadisce quanto sopra esposto, riguardo all'omologa censura di IL, in ordine al carattere della procedura ed ai limiti fisiologici ed all'alea per gli operatori che ne derivano.

Ad impedire la condivisione della tesi in esame, si aggiunge il rilievo che sono state presentate tre offerte congrue, che nessuno degli appellanti dice di essere stato costretto, a causa delle previsioni della legge di gara, a presentare offerte antieconomiche, né tanto meno specifica quali componenti sarebbero cambiate se avesse potuto disporre dei dati di cui lamenta la mancanza.

Anche la asserita imparità delle facoltà contrattuali delle parti appare conseguenza, in qualche misura inevitabile, della procedura di evidenza pubblica utilizzata, la cui scelta non è stata specificamente censurata, posto che negli appelli viene soltanto affermato che l'indeterminatezza dei parametri avvantaggerebbe i grandi operatori che possono contare su economie di scala (più propriamente, su una maggiore elasticità aziendale e finanziaria, per sopportare ordinativi sotto o sopra le aspettative).

18. Con l'ultimo paragrafo dell'appello, De Mori censura in via autonoma ed indipendente, la condanna alle spese disposta dal TAR Lombardia, in quanto manifestamente eccessiva e sproporzionata alla luce dei contenuti della pronuncia.

18.1. Il Collegio osserva che, anche se il TAR non ha ravvisato nei motivi di gravame profili di inammissibilità o di palese infondatezza ed il rigetto (anche in questo grado di giudizio) è conseguenza della valutazione di correttezza delle interpretazioni date dalla Commissione di gara, non per questo ne risulta viziata la condanna alle spese (pari a 10.000 euro, oltre agli accessori di legge).

Infatti, nel giudizio amministrativo la sindacabilità in appello della condanna alle spese, in quanto espressiva della discrezionalità di cui dispone il giudice in ogni fase del processo, è limitata all'ipotesi in cui venga modificata la decisione principale, salvo la manifesta abnormità, che ricorre solo in situazioni eccezionali, identificate dalla giurisprudenza nell'erronea condanna alle spese della parte vittoriosa e nella manifesta e macroscopica eccessività o sproporzione della condanna (cfr. Cons. Stato, III, n. 3818/2018; n. 3352/2017).

L'importo stabilito non può ritenersi tale, e non conduce a diversa conclusione la sola circostanza che in altri giudizi, a fronte di controversie concernenti forniture di analogo oggetto e di maggior valore, siano state liquidate spese pari alla metà di quelle contestate, in quanto l'entità della condanna alle spese non può che valutarsi in relazione alle specifiche caratteristiche di ciascuna controversia ed all'attività difensiva ivi spiegata.

19. Alla luce del rigetto delle censure dell'appello di De Mori, risulta improcedibile, in quanto ormai privo di interesse, l'appello incidentale di Siemens (volto a far valere tre profili di difformità dell'offerta di De Mori, concernenti la mancanza, negli strumenti offerti, rispettivamente, della calibrazione automatica applicabile a tutti i parametri, di una procedura di manutenzione giornaliera e periodica automatizzata e del requisito di minima "reattivi pronti all'uso e caricabili a bordo del sistema disponibili in cartucce – di differenti pezzature – contenenti tutti i componenti necessari per l'esecuzione di tutti i parametri di una singola determinazione").

20. In conclusione, l'appello di IL deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile, quello di De Mori deve essere

respinto, mentre gli appelli incidentali di Siemens e De Mori devono essere dichiarati improcedibili.

21. Le spese del grado di giudizio, stante la complessità di alcune questioni trattate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione, respinge in parte ed in parte dichiara improcedibile l'appello di Instrumentation Laboratory S.p.a., respinge l'appello di A. De Mori S.p.a. con socio unico, dichiara improcedibili i relativi appelli incidentali di Siemens Healthcare S.r.l. e di A. De Mori S.p.a. con socio unico.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO