

Pubblicato il 04/06/2024

N. 05016/2024REG.PROV.COLL.
N. 01609/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1609 del 2024, proposto da Abbott S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9145936924, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Raffaele Cassano, Claudio Tesauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

- Roche Diagnostics S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;
- Siemens Healthcare S.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Napoli), Sezione II, 20 novembre 2023, n. 6390, non notificata, resa nell'ambito del giudizio n. R.G. 1886/2023;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II e di Roche Diagnostics S.p.A.;

Visto l'appello incidentale proposto da Roche Diagnostics S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2024 il Cons. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con delibera del Direttore Generale 276/2022, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli (di seguito, "AOU") ha indetto, ex art. 60 d.lgs. 50/2016, una gara (n. 1146) a procedura aperta per la fornitura, in service, di un sistema automatizzato "Corelab" per l'esecuzione di indagini diagnostiche per la U.O.C. Biochimica Clinica ed Emergenze afferente al D.A.I. di Medicina di Laboratorio e Trasfusionale, per la durata di cinque anni e per un importo complessivo, ivi compreso l'eventuale periodo di proroga di 12 mesi, di € 7.524.000,00 oltre IVA, oltre ad € 4.440,00 oltre IVA per oneri per la sicurezza, comprensivi dell'eventuale periodo di proroga.

Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 70 punti per il merito tecnico e di 30 punti per la parte economica.

L'articolazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica è stabilita all'art. 3 del disciplinare separatamente per il "Sistema di automazione pre-postanalitica" (massimo 20 punti) e per le "Caratteristiche tecniche strumentali e aspetti gestionali ed organizzativi" (massimo 50 punti). In specie, è prevista l'attribuzione di: i) 17 punti tabellari (SI/NO); ii) 45 punti

proporzionali; iii) 8 punti discrezionali. Per lo svolgimento della gara è stata utilizzata la piattaforma di e-procurement SIAPS di SORESA S.p.A.

1.2. Entro il termine fissato presentavano offerta Abbott, Roche Diagnostics S.p.A. (di seguito, “Roche”) e Siemens Healthcare S.r.l. (di seguito, “Siemens”). All’esito del soccorso istruttorio esperito, nella seduta del 5.9.2022 tutte e tre le imprese partecipanti venivano ammesse al prosieguo della procedura.

Seguiva la valutazione delle offerte tecniche; nel corso di tale valutazione (verbale tecnico n. 2 del 17.11.2022) la Commissione, rilevata la mancanza, richiedeva ad Abbott l’inoltro della “1. Scheda tecnica e relazione tecnica della camera fredda”. Analoga richiesta veniva inoltrata a Siemens (verbale tecnico n. 4 del 12.12.2022). La Commissione inoltre richiedeva a Roche l’inoltro di talune documentazioni e i seguenti chiarimenti tecnici, tra i quali: l’Offerta economica dettagliata di tutti i codici prodotti/dispositivi senza prezzo, secondo il format codifica prodotti; la Scheda tecnica dei congelatori offerti da cui potersi evincere anche il modello.

Le concorrenti riscontravano le richieste della Commissione e all’esito della gara conseguivano i seguenti punteggi: Roche 93,53 (28,70 economico; 64,83 tecnico); Siemens 90,19 (30 economico; 60,19 tecnico); Abbott 73,80 (18,4 economico; 55,40 tecnico).

La Commissione formulava pertanto proposta di aggiudicazione della gara a favore di Roche, aggiudicazione che veniva disposta con delibera del Direttore Generale 270/2023 a seguito di verifica dell’anomalia dell’offerta da parte del RUP.

Al fine di garantire la continuità assistenziale, il rapporto in essere con Abbott è stato contestualmente prorogato fino al 19.9.2023.

1.3. Abbott, risultata terza in graduatoria, ha impugnato le risultanze di gara avanti al T.A.R. Campania (Napoli), deducendo presunte cause di esclusione dalla gara a carico di Roche e Siemens, nonché tornando a contestare i criteri di aggiudicazione prescelti a monte dalla stazione appaltante, rinnovando a tal fine le censure già proposte in un precedente ricorso e dichiarate dallo stesso

T.A.R. Napoli inammissibili (sentenza n.7342/2022) in quanto ritenute interessare clausole della *lex specialis* non immediatamente impeditive della partecipazione alla gara.

A seguito di accesso agli atti, Abbot proponeva anche ricorso per motivi aggiunti

1.4. Si costituivano in giudizio l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II e Roche Diagnostics S.p.A. instando per il rigetto del ricorso; Roche ha inoltre proposto ricorso incidentale, e nel resistere all'impugnazione di Abbott ha contestato a propria volta la mancata esclusione dalla gara di quest'ultima; ha anche contestato, in via incidentale la *lex specialis* di gara.

1.5. Con sentenza n. 06390/2023 il T.A.R. per la Campania (Napoli) ha respinto il ricorso principale proposto da Abbot mentre i motivi aggiunti sono stati in parte respinti e in parte dichiarati inammissibili; la sentenza ha altresì respinto il ricorso incidentale proposto da Roche, con rigetto di ogni ulteriore domanda proposta.

2. Con ricorso in appello ritualmente proposto Abbot, rimasta soccombente nei limiti sopra riassunti, ha impugnato la sentenza n. 6390/2023 del T.A.R. per la Campania (Napoli), reiterando tutte le censure proposte nel giudizio di primo grado.

2.1. Si sono costituite per resistere all'appello sia l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli, sia Roche Diagnostics S.p.A. la quale ultima ha anche proposto appello incidentale condizionato (*“per la sola evenienza in cui l'Ecc.mo Consiglio di Stato dovesse ritenere fondato – e dunque accogliere – il ricorso in appello principale”*) con cui reitera i motivi proposti in primo grado e respinti con la sentenza appellata.

2.2. All'udienza pubblica del 16 maggio 2024 la causa è trattenuta in decisione.

3. Deve essere prioritariamente scrutinato l'appello principale, con il quale Abbot deduce l'ingiustizia della sentenza appellata lamentando che Roche e Siemens, rispettivamente prima e seconda classificata, avrebbero dovuto

essere escluse dalla gara, in quanto nei loro confronti sarebbe stato illegittimamente attivato il soccorso istruttorio.

Il giudice di prime cure – secondo la tesi dell'appellante - pur confermando quanto sostenuto da Abbott circa l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante e la carenza delle offerte tecniche di Roche e Siemens, e pur non contestando il principio giuridico sull'insanabilità con soccorso istruttorio di elementi essenziali dell'offerta, ha in concreto ritenuto non afferenti a elementi essenziali le carenze riscontrate reputando - a suo avviso illogicamente - che nel caso di specie le offerte tecniche di Roche e Siemens sarebbero rimaste sostanzialmente immutate.

Il T.A.R. Campania non avrebbe dunque colto l'illegittimità dei “chiarimenti” richiesti dalla Stazione appaltante a Roche e Siemens, che - contrariamente a quanto sostenuto in sentenza - avrebbero consentito alle controparti di integrare la documentazione mancante, la cui originaria carenza, determinando un'incertezza assoluta sul contenuto delle offerte, ne avrebbe invece dovuto impedire la valutazione.

Deduce poi ulteriori profili di irragionevolezza che inficerebbero la sentenza gravata, tra cui: il mancato esame di un motivo aggiunto riguardante la necessità di escludere Roche la cui offerta non contemplerebbe la fornitura di un test tra quelli indicati come obbligatori; e lo sbrigativo rigetto del secondo motivo del ricorso introduttivo, quest'ultimo ritenuto inammissibile perché asseritamente implicante un sindacato sulla discrezionalità tecnica, ma che in realtà sarebbe relativo al rispetto di generali principi giuridici che regolano l'evidenza pubblica.

4. Procedendo con ordine, con il primo motivo di appello Abbot ripropone le censure avverso la mancata esclusione delle concorrenti prime graduate, le quali si appuntano: sulla corretta interpretazione dell'art.16 del Disciplinare di gara e dell'Allegato A6 “Offerta economica dettagliata di tutti i codici prodotti/dispositivi senza prezzo, secondo il format codifica prodotti”; sull'originaria carenza dell'offerta tecnica di Roche e Siemens sotto plurimi

profili; sull'illegittima attivazione del soccorso istruttorio nei confronti delle prime due graduate.

In particolare, Abbott sostiene che entrambi gli operatori avrebbero trasmesso un'offerta tecnica priva di taluni documenti, tra cui:

- l'“Offerta economica dettagliata di tutti i codici prodotti/dispositivi senza prezzo, secondo il format codifica prodotti (All. 6)”, costituente l'offerta ex art. 16 del Disciplinare (asseritamente carente sia nella documentazione di Roche che in quella di Siemens);
- la scheda tecnica del congelatore, in violazione della succitata previsione della lex di gara che ha richiesto il deposito di tutte le schede tecniche (con riferimento all'offerta di Roche);
- la scheda tecnica della camera fredda (con riferimento all'offerta di Siemens);
- le certificazioni di conformità alla normativa vigente della Strumentazione Analitica – Preanalitica – Postanalitica – Accessori offerti (con riferimento all'offerta di Roche).

4.1. Con riferimento alla denunciata carenza del “Format codifica prodotti” l'appellante lamenta che questo risulta prodotto da Roche con l'indicazione di specifici riferimenti a reagenti, consumabili, calibratori e controlli; soltanto a seguito della richiesta di chiarimenti inoltrata dalla Commissione sono stati integrati da Roche i riferimenti a strumenti ed accessori.

Orbene secondo Abbot che si trattasse di componenti essenziali dell'offerta tecnica sarebbe evidente dalla lettura dell'art. 16 del Disciplinare, recante “*Offerta Tecnica – Contenuto*”, il quale specifica che l'offerta tecnica è costituita, tra l'altro, dai seguenti documenti: c) “*le Schede Tecniche dei prodotti offerti ed eventuali dépliants illustrativi del materiale proposto*”; d) “*Format codifica prodotti (corrispondente all'Allegato A6), contenente la descrizione dei prodotti offerti*”. Nonché dal paragrafo successivo il quale prevede che “*I documenti di cui alle lettere a), b), c), d), e f) di cui sopra dovranno essere collocati nella Piattaforma SLAPS nel relativo campo “Documentazione Tecnica”, all'uopo predisposto nella scheda “Prodotti”*”

Sicché la motivazione offerta dal T.A.R. per respingere la censura sarebbe erroneamente fondata su una presunta differenza fra le tre componenti dell'offerta tecnica, che invece l'art. 16 del Disciplinare porrebbe sullo stesso piano, e vale a dire la relazione tecnica, il Format codifica prodotti e le schede tecniche. Secondo il T.A.R., infatti:

- *“alla relazione tecnica è affidato il compito di descrivere in generale tutto il sistema, inteso come oggetto complessivo della fornitura nella sua parte strutturale e funzionale”;*
- *“il format codifica prodotti serve ad indicare specificamente le sue componenti in senso quantitativo”;*
- *“alle schede tecniche essendo riservata la funzione descrittiva di ogni singolo elemento dal punto di vista delle sue caratteristiche strutturali e funzionali”.*

La sentenza gravata affermerebbe quindi erroneamente che il Format codifica prodotti sarebbe relativo ai soli “materiali di consumo” e non anche alle “attrezzature e ai dispositivi” e per questo motivo, a differenza della relazione tecnica, non sarebbe essenziale; ed inoltre secondo il T.A.R. l'art. 16 del Disciplinare presenterebbe “come elemento principale” la relazione tecnica.

Nel contestare tali assunti l'appellante rileva che se la stazione appaltante avesse inteso trattare in modo diverso le tre componenti, lo avrebbe espressamente previsto, e non avrebbe trattato il Format codifica prodotti quale componente essenziale dell'offerta tecnica al pari della relazione tecnica; e poiché il modello di Allegato A6 chiarisce poi che per prodotto si intende: - il farmaco (F); o - il dispositivo (D) allora ne conseguirebbe secondo un'interpretazione letterale e logica, che per “prodotti” non possano intendersi solo i reagenti, i calibratori, i consumabili e i controlli, ma anche i dispositivi necessari per le analisi richieste, tra cui rientrano gli strumenti e gli accessori.

4.1.1. Le superiori censure sono infondate.

Il T.A.R. ha infatti motivato al riguardo sostenendo che *“Trattasi, pertanto di documenti complementari, ciascuno dei quali esprime propri aspetti e dati dell'offerta tecnica, ben potendo quelli afferenti alle attrezzature ed ai dispositivi essere indicati nella sola*

relazione tecnica e nelle schede tecniche e non anche nel format codifica prodotti, dedicato ai soli materiali di consumo. Non è dunque implausibile una lettura della lex specialis e segnatamente dell'art. 16 del disciplinare tale da intendere con il termine "prodotti" i soli materiali di consumo e non anche le attrezzature ed i dispositivi, tenuto conto che solo la relazione tecnica dovrà essere completa, in quanto «dovrà contenere le informazioni e gli elementi utili per la valutazione dell'offerta tecnica secondo i criteri di cui al punto 3 (così art. 16 del disciplinare)» (sul punto, Consiglio di Stato , sez. III, 7 agosto 2020, n.4978). Si rivela corretto, pertanto, l'impiego del termine "chiarimenti" impiegato dalla commissione di gara per far ricorso al soccorso istruttorio di cui al penultimo comma dell'art. 14 del disciplinare – secondo cui «al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice è facoltà della stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati» - nei verbali nn. 3,4,5 e 6, tra l'altro per tutti i concorrenti, nella parte in cui ha richiesto di estendere il format codifica prodotti anche ai dispositivi; non si è infatti trattato di inserire alcun quid novi nell'offerta tecnica di Roche Diagnostics s.p.a., rimasta sostanzialmente immutata, ma solo di specificare e ribadire aspetti ed elementi già presenti nella relazione tecnica".

La motivazione adottata dal TAR appare condivisibile sia nella parte in cui ha ritenuto plausibile una lettura dell'art. 16 del disciplinare tale da intendere con il termine "prodotti" i soli materiali di consumo e non anche le attrezzature ed i dispositivi, sia perché coerente con il principio di diritto stabilito dalla ivi richiamata sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 7 agosto 2020, n. 4978) secondo cui *"L'omessa allegazione di una scheda tecnica inerente alla descrizione dei prodotti indicati nell'offerta non legittima l'immediata esclusione del concorrente pur se definita «essenziale» dalla lex specialis, dovendosi privilegiare una lettura complessiva e sistematica dell'intera normativa di gara"*.

L'appellante, peraltro, non contesta che i dati mancanti nel format codifica prodotti fossero tutti presenti e ricavabili dalla relazione tecnica. Al riguardo si osserva che:

- in ogni caso l'art. 16 non impone a pena di esclusione che le schede tecniche o il format codifica prodotti siano inderogabilmente complete di tutte le informazioni richieste, e nemmeno ne sancisce l'insostituibilità come elemento formale dell'offerta;

- ben possono aspetti e dati dell'offerta tecnica afferenti alle attrezzature ed ai dispositivi essere indicati nella sola relazione tecnica e nelle schede tecniche e non anche nel format codifica prodotti,

posto che proprio l'art.16 dispone che è la relazione tecnica che *“dovrà contenere le informazioni e gli elementi utili per la valutazione dell'offerta tecnica secondo i criteri ...”*;

Pertanto è la relazione tecnica chiamata ad assolvere la funzione di consentire alla commissione incaricata della valutazione delle offerte di verificare il rispetto delle caratteristiche tecniche minime richieste e di apprezzare le eventuali caratteristiche tecniche migliorative rispetto alle prescrizioni minime del presente capitolato.

Se ne ricava, pertanto, che tutti gli elaborati chiamati ad integrare la documentazione tecnica possono astrattamente concorrere, in misura equivalente, almeno sul piano formale, alla definizione ed illustrazione delle caratteristiche dei singoli prodotti e alla valutazione qualitativa e di merito circa la rispondenza e conformità ai parametri tecnici richiesti (Cons. Stato, sez. III, n. 2567/2018 e n. 4560/2019; id., sez. V, n. 8700/2019).

Va poi rilevato che Abbot nemmeno specifica quale informazione tecnica mancherebbe nella documentazione complessivamente acclusa all'offerta e sotto quale profilo la Commissione non sarebbe stata posta nella condizione di verificare la rispondenza del prodotto alle specifiche del capitolato. In definitiva appare indimostrata la tesi dell'appellante secondo cui le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto, con conseguente inammissibilità del ricorso al soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9

del decreto legislativo n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1030).

Correttamente, pertanto, il giudice di prime cure ha classificato tali lacune come “non essenziali”, ritenendo che l’attivazione del soccorso istruttorio in favore delle concorrenti Roche Diagnostics s.p.a. e Siemens Healthcare s.r.l. sia avvenuta nel pieno rispetto del principio generale che non consente il ricorso all’istituto in ipotesi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi afferenti alle offerte tecnica ed economica.

4.1.2. Analoghe considerazioni vanno riferite alle contestazioni mosse sul soccorso istruttorio concesso a Siemens, posto che con il verbale n.4 la Commissione aveva chiesto alla concorrente: “1. *Offerta economica dettagliata di tutti i codici prodotti/dispositivi senza prezzo, secondo il format codifica prodotti*; 2. *Scheda tecnica e relazione tecnica della camera fredda*”.

Anche Siemens ha fatto pervenire i chiarimenti richiesti e anch’essa – per le ragioni innanzi esaminate - non ha integrato la propria offerta tecnica, essendosi limitata ad aggiungere nel format codifica prodotti dati non prescritti come obbligatori dalla *lex specialis* in risposta ad una richiesta di chiarimenti della commissione.

4.2. Sotto altro profilo l’appellante deduce che avrebbe errato il giudice di prime cure a superare le doglianze di Abbot con riferimento ai chiarimenti richiesti a Roche relativamente al congelatore -80° e al congelatore -20°, in quanto sia l’offerta tecnica sia l’offerta economica presentate da Roche in gara non indicherebbero in nessun punto né la marca, né il modello del congelatore offerto.

Sostiene che Roche non avrebbe incluso nella documentazione di gara nessuna scheda tecnica - come invece richiesto dall’art. 16, punto c), del Disciplinare – posto che la sola scheda tecnica allegata alla documentazione di gara era di tipo “multiplo”, ossia una *brochure* che includeva più modelli di congelatore e all’interno della quale, però, non era specificato il modello

offerto. Deduce l'appellante che proprio a cagione di detta carenza, impeditiva di una valutazione dell'offerta, con la nota PI113133-22 l'Ente ha chiesto a Roche di conoscere il modello del congelatore offerto; e che a seguito di tale richiesta Roche avrebbe risposto con una scheda tecnica differente rispetto a quella inizialmente proposta in gara posto che il modello offerto in gara, ossia l'HDE50086FV, non era nemmeno contemplato nella scheda tecnica "multipla" presentata in gara.

4.2.1. La censura risulta infondata sulla scorta di quanto sopra argomentato in ordine alla centralità della relazione tecnica. La sentenza impugnata ha infatti argomentato sul punto sostenendo che, *"a fini della originaria completezza dell'offerta tecnica, nella relazione tecnica (pagina 11) già figuravano i due congelatori di -20° e -80°, la scheda tecnica specifica rilevando solo al fine di verificarne l'idoneità tecnica da parte della stazione appaltante e quindi trattandosi di un documento suscettibile di essere acquisito mediante soccorso istruttorio"*.

La sentenza appare pertanto immune dal vizio lamentato ove afferma, con riferimento ai chiarimenti richiesti tanto a Roche quanto a Siemens, che *"nel caso di specie non si è in presenza né di una modificazione dell'offerta, né di un completamento della medesima perché carente di un elemento essenziale, ma solo di una richiesta di specificazione di aspetti tecnici utili a valutare la rispondenza alle prescrizioni capitolari e, eventualmente, di equivalenza"*.

In altre parole, esistendo un preciso riferimento nella relazione tecnica anche al congelatore – 20° deve ritenersi legittima la richiesta di chiarimenti avanzata dalla commissione di gara volta ad acquisirne la scheda tecnica al fine di valutarne la rispondenza ai requisiti di gara.

4.3. Alle medesime conclusioni il giudice di primo grado è condivisibilmente pervenuto per quanto concerne la richiesta di chiarimenti rivolta alla Siemens Healthcare s.r.l., seconda graduata, anche in questo caso trattandosi di ottenere la specificazione di aspetti non afferenti alla relazione tecnica, ma alla scheda tecnica della camera fredda.

4.3. Può pertanto concludersi sul punto che le censure proposte dall'appellante avverso la mancata esclusione delle prime due graduate sono infondate, dovendosi sul punto confermare le statuizioni del giudice di prime cure e dovendosi escludere che l'attivazione del soccorso istruttorio in favore delle concorrenti Roche Diagnostics s.p.a. e Siemens Healthcare s.r.l. sia avvenuta in violazione del principio generale che non consente il ricorso all'istituto in ipotesi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi afferenti alle offerte tecnica ed economica.

4.4. Sempre con il primo motivo di appello, Abbot ripropone poi le censure volte ad ottenere l'esclusione di Roche Diagnostics S.p.a. anche per la mancata indicazione della denominazione dei prodotti reagenti, calibratori, controlli (CQI e CQE), consumabili e dispositivi necessari per le analisi richieste, sia nell'offerta tecnica che in quella economica, nonché quelle per la mancata allegazione della scheda tecnica dei medesimi.

Lamenta che dette censure non sono state esaminate nel merito dal giudice di prime cure per mancanza di interesse avendo questi ritenuto che, ove anche accolte, non consentirebbero ad Abbot di superare anche l'offerta di Siemens seconda graduata.

La conclusione del TAR appare corretta e va confermata posto che – una volta ritenute infondate le censure proposte avverso la mancata esclusione di Siemens – anche in ipotesi di accoglimento del motivo nessuna utilità potrebbe conseguire Abbott s.r.l. dall'esclusione di Roche Diagnostics s.p.a., rimanendo essa pur sempre alle spalle di Siemens, giunta seconda in graduatoria.

5. Con il secondo motivo d'appello Abbot ripropone le censure proposte in primo grado con il secondo motivo aggiunto, lamentando anche in questo caso che esso non è stato esaminato dalla sentenza gravata in quanto il T.A.R. ha ritenuto che il suo eventuale accoglimento avrebbe consentito ad Abbott di ottenere al più l'esclusione di Roche, ma non di superare l'offerta di Siemens seconda graduata.

Confidando nell'accoglimento in appello dei motivi di esclusione di Siemens, Abbot ha pertanto nuovamente dedotto che dall'esame della documentazione prodotta in gara da Roche sarebbe emersa la mancata offerta del Test CK-MB Massa -con metodo in chemiluminescenza o equivalente- richiesto dal Disciplinare di gara, cui avrebbe dovuto conseguire l'estromissione di Roche dalla gara.

Rileva il Collegio che a seguito della sopra ribadita conferma della sentenza impugnata in ordine al rigetto dei motivi di esclusione di Siemens, non può che ritenersi inammissibile, per carenza di interesse, anche in questa sede di appello, la suddetta censura, non potendo la ricorrente conseguire l'aggiudicazione rimanendo essa pur sempre alle spalle di Siemens Healthcare s.r.l., giunta seconda in graduatoria.

6. Infine con il terzo motivo d'appello Abbot ripropone censure che aveva proposto in un precedente ricorso avverso la stessa indizione della procedura di gara e che erano state dichiarate inammissibili dal T.A.R. Campania con la precedente sentenza n.7342 del 28 novembre 2022 per assenza del carattere immediatamente escludente delle clausole impugate, in quanto ritenute non concretamente impeditive della partecipazione alla gara dell'aspirante concorrente.

Lamenta l'appellante che con la sentenza gravata il T.A R. avrebbe rigettato le riproposte censure con motivazione "sbrigativa ed erronea", trattandosi di censure che non riguardano la rimodulazione dei punteggi ma che mirano all'annullamento dell'intera procedura di gara.

6.1. Sotto un primo profilo l'appellante si duole della indeterminatezza della legge di gara laddove nel DUVRI allegato alla documentazione di gara è statuito che ove fossero rinvenute tracce di amianto, il cantiere verrebbe bloccato per permettere le opere di bonifica, posto che la restante parte della legge di gara nulla specificherebbe in relazione a tale profilo.

Sostiene al riguardo che *"È chiaro, invece, simile indeterminatezza ha reso di fatto impossibile elaborare efficientemente l'offerta tecnica, realizzando un diretto effetto lesivo in*

capo ad Abbott, e violando al contempo i principi di buona fede e leale collaborazione che reggono la disciplina delle procedure di gara e, più in generale, il procedimento amministrativo”.

In disparte la considerazione che anche in assenza di una clausola siffatta, ove fossero rinvenute tracce di amianto, qualsiasi cantiere verrebbe bloccato per permettere le opere di bonifica, la censura è comunque infondata per la sua genericità e inconferenza, così come rilevato dal giudice di prime cure con condivisibile argomentazione: non soltanto, infatti, Abbot ha partecipato alla gara a dimostrazione del carattere non escludente della previsione, ma nemmeno ha dimostrato che tale *“prescrizione, le abbia in qualche modo impedito di ottenere un maggior punteggio, tale da giungere prima graduata”.*

Va al riguardo rilevato che nemmeno in appello Abbot ha offerto argomentazioni più circostanziate atte a dimostrare l’apodittica lesività della clausola impugnata, rilevandosi peraltro che non è la statuizione del giudice di prime cure, circa la mancanza di ogni e qualsiasi elemento di prova, a necessitare di essere dimostrata – come assume l’appellante con inammissibile inversione dell’onere della prova – ma semmai l’apodittico assunto dell’appellante secondo cui *“non è possibile affermare che l’impatto dell’indeterminatezza della legge di gara non abbia influito sulla predisposizione dell’offerta tecnica di Abbott al punto da impedirle di ottenere un punteggio tale da raggiungere la prima graduata”.*

6.2. Sotto altro profilo l’appellante ripropone censure – anch’esse dichiarate inammissibili per difetto di interesse con la citata sentenza del T.A.R. n.7342/2022 - avverso i criteri di attribuzione del punteggio previsti dalla legge di gara che, in tesi, non avrebbero consentito un confronto realmente concorrenziale tra i concorrenti tanto che ad Abbot sarebbe stato illegittimamente attribuito un punteggio di ben 20 punti più basso di quello assegnato a Roche.

Orbene, per tutti i diversi criteri di valutazione indicati nel disciplinare di gara, Abbott s.r.l. ha proposto profili di censura che, oltre a postulare la mancata

rispondenza a specifiche esigenze della stazione appaltante, si risolverebbero in soluzioni di scelta volti a favorire la controinteressata Roche Diagnostics S.p.a.

Sarebbe a suo avviso manifesta l'irragionevolezza delle previsioni della legge di gara nell'imporre soluzioni tecniche estremamente specifiche e caratterizzanti soltanto un particolare operatore economico, senza alcuna reale finalità correlata al soddisfacimento dell'interesse pubblico, posto che il medesimo risultato tecnico potrebbe in tesi ottenersi attraverso differenti approcci tecnologici. La stazione appaltante, secondo la tesi dell'appellante, avrebbe dovuto mantenere una posizione di neutralità rispetto ai possibili concorrenti, astenendosi pertanto dal caratterizzare, da un punto di vista tecnologico, i criteri di valutazione dell'offerta.

Si diffonde poi nella descrizione dei contestati criteri di valutazione assumendo che la sentenza di primo grado avrebbe erroneamente statuito che *“tutte le censure devono ritenersi inammissibili perché implicanti un sindacato sulla discrezionalità tecnica della stazione appaltante inibito a questo Giudice, tale essendo la pretesa di chiedere di valutare in questa sede scelte che premiano la tecnologia piuttosto che il raggiungimento della funzionalità richiesta”*.

6.3. Le censure proposte avverso la sentenza di primo grado sono infondate, rilevandosi come l'impianto motivazionale della sentenza appare congruamente argomentato e sia dunque immune dalle censure di superficialità sostenute dall'appellante.

Sotto un primo profilo può condividersi la sentenza nella misura in cui ha rilevato l'inammissibilità delle censure perché implicanti un sindacato sulla discrezionalità tecnica della stazione appaltante inibito al giudice amministrativo, tale essendo la pretesa di chiedere di valutare in questa sede scelte che premiano la tecnologia piuttosto che il raggiungimento della funzionalità richiesta (ex multis T.A.R. Lazio Roma sez. II, 24/05/2022 n.6693). È infatti da ritenere legittimo l'operato della commissione giudicatrice con riguardo alla determinazione dei criteri da impiegare per l'attribuzione

del punteggio all'offerta tecnica ove i criteri elaborati rispondano ai più attuali standard di innovazione tecnologica, purché detti standard siano generalmente diffusi nel settore di riferimento e non appannaggio tecnologico di un singolo operatore monopolista.

La superiore considerazione introduce all'esame della censura di eccesso di potere per sviamento sollevata dall'appellante che appare correttamente risolte dal giudice di prime cure attraverso il ricorso al consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui la censura di eccesso di potere per sviamento deve essere supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dar conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non essendo a tal fine sufficienti semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. VII, 16 giugno 2022, n. 4956; Id., Sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 32; Id., Sez. V, 11 marzo 2010 n. 1418 e 15 ottobre 2009n. 6332).

Nella sentenza è stati anche ribadito che non possono ritenersi adeguate, allo scopo di far emergere il vizio, allegazioni che non raggiungano neppure il livello di supposizione o indizio (Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2022, n. 6696; Id., 26 luglio 2021, n. 5532) ed è stato altresì evidenziato che «affinché la censura di sviamento di potere possa ritenersi fondata, è necessario quindi che gli elementi emersi rivelino in modo indubbio il dissimulato scopo dell'atto (Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2022, n. 6681; Id., Sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4392; Id., Sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1947). Il vizio non è, invece, ravvisabile *“quando l'atto è comunque adottato conformemente alle norme sulla sua forma e il suo contenuto risulta aderente al fine cui è istituzionalmente preordinato* (Cons. St., Sez. IV, 22 giugno 2017, n. 3062; Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1776)” (Cons. Stato, Sez. VII, 28 marzo 2022, n. 2257)».

Con il motivo di appello Abbot contesta la valutazione operata dal T.A.R. nel merito delle suddette censure riproponendole acriticamente, non offrendo alcuno spunto argomentativo che sia stato disatteso dal TAR e che, in tesi, sia

suscettibile di far ritenere effettivamente sussistenti i vizi delineati dalla citata giurisprudenza per potere inferire in modo incontrovertibile il dissimulato scopo dell'atto a predeterminare l'esito del confronto concorrenziale.

Va peraltro rilevato che il T.A.R. ha comunque esaminato partitamente tutti i criteri contestati da Abbot rilevando come sia mancata la prova che la scelta delle soluzioni tecniche poste a fondamento del confronto concorrenziali siano stato frutto di un intendimento volto esclusivamente a favorire Roche Diagnostics s.p.a. a danno della società ricorrente. In particolare, il giudice di prime cure ha rilevato che:

- per l'elemento "Sistema di automazione pre-postanalitica max 20,00" relativamente ai subcriteri n.1 (Possibilità di rilevare lo stato di centrifugazione a mezzo laser capace di leggere anche attraverso etichette poste in modo non idoneo sulle provette) e n.6 (Modalità di tracciabilità dei campioni sul sistema di pre e postanalitica con controllo automatico della qualità del campione anche a mezzo di fotocamera ad alta definizione con cattura dell'immagine) – ove l'uso della fotocamera non era nemmeno obbligatorio – Abbot si limita ad affermare senza alcun principio di prova che altri operatori sarebbero privi di siffatte capacità tecniche;
- per l'elemento di valutazione denominato «Caratteristiche tecniche strumentali e aspetti gestionali ed organizzativi max punti 50» relativamente al subcriterio n. 2 *"Miscelazione esterna e non invasiva della miscela di reazione per chimica clinica Rerun e reflex testing (CC + IM) in totale automazione, anche dopo stoccaggio del campione"*, Abbot assume che esso sarebbe posseduto dalla sola controinteressata Roche Diagnostics s.p.a. anche qui senza fornirne prova; così come anche per il subcriterio n. 8 *"Riconoscimento positivo dei reattivi mediante tecnologia RFID o equivalenti"*;
- per l'elemento "Sistema di automazione pre-postanalitica max 20,00 punti", Abbot contesta i subcriteri di valutazione di tipo proporzionale dell'elemento quali il n 2 *«Capacità complessiva di carico (numero massimo di campioni caricabili). Alla ditta che offre il sistema con capacità di campioni caricabili più alto spettano 3 punti;*

proporzionale seguono le altre offerte» e il n.4 «Centrifugazione integrata o interconnessa con il sistema di automazione. Alla ditta che offre il numero massimo di campioni centrifugabili per ogni ora spettano 4 punti; proporzionale seguono le altre offerte» limitandosi ad affermare in modo vago che si tratterebbe di condizioni di esclusivo favor per l'aggiudicataria;

- per l'elemento "Caratteristiche tecniche strumentali e aspetti gestionali ed organizzativi max punti 50", rispetto al quale parte ricorrente ha denunciato profili di sviamento relativamente ai subcriteri 4 *«Numero di postazioni disponibili e dedicate contemporaneamente per il carico delle provette urgenti su ciascuna unità strumentale»*, n. 10 *«Minimo volume di campione per i test di Immunometria e per i test di Chimica Clinica»* e 13 *«TAT strumentale medio secondo la tipologia di esami urgenti della CC e della IM»*, il T.A.R. ha rilevato la medesima carenza di prova.

Deve qui rilevarsi che nemmeno in appello le difese di Abbot sono risultate convincenti, essendosi limitata a riproporre le medesime censure svolte in primo grado avverso i citati criteri, in assenza di qualsiasi elemento di prova atto a comprovare che le scelte discrezionali operate dalla stazione appaltante nella individuazione dei criteri siano, da un lato, ingiustificabili dal punto di vista della cura dell'interesse pubblico e, dall'altro, esclusivamente finalizzate a favorire uno specifico concorrente; difettando anche la prova che tutti gli altri operatori del settore a cui la gara era aperta – e non soltanto i concorrenti che vi hanno effettivamente partecipato - siano privi delle capacità tecniche che essa assume essere in possesso esclusivamente di Roche Diagnostics S.p.A.

Al riguardo non appare ultroneo rilevare che con riferimento a detti criteri anche Abbot ha conseguito dei punteggi (in un caso anche il massimo) – a comprova della imparzialità dei criteri scelti – e come il T.A.R. abbia correttamente sottolineato come tra il punteggio tecnico attribuito a Roche Diagnostics s.p.a., (pari a 64,83 punti) e quello attribuito a Siemens Healthcare s.r.l., (pari a 60,19 punti), vi è uno scarto assolutamente fisiologico di circa 4 punti su 70 assegnabili per l'offerta tecnica.

7. In conclusione, per tutti i surriferiti motivi, l'appello principale proposto da Abbot Srl deve essere respinto; mentre l'appello incidentale condizionato proposto da Roche Diagnostics S.p.A. deve essere dichiarato improcedibile per difetto di interesse.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- respinge l'appello principale proposto da Abbot S.r.l.;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Roche Diagnostics S.p.A.

Condanna Abbot S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 3.000,00 in favore dell'Azienda Ospedaliera Policlinico Federico II di Napoli, ed € 3000,00 in favore di Roche Diagnostics S.p.A., oltre oneri e accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Stefania Santoleri, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Stefania Santoleri

IL SEGRETARIO