

Pubblicato il 12/08/2024

N. 07102/2024REG.PROV.COLL.  
N. 01237/2024 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 1237 del 2024, proposto da  
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla  
procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo  
Pettinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Giuseppe Franco Ferrari, Ivan Martin Mollichella, con  
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto  
presso lo studio Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta 142;

***nei confronti***

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e  
difesa dagli avvocati Angelo Raffaele Cassano, Claudio Tesauo, con domicilio  
eletto presso lo studio Angelo Raffaele Cassano in Roma, via Vittoria Colonna  
N° 39;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'-OMISSIS- e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2024 il Cons. Raffaello Scarpato 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. -OMISSIS-, seconda graduata, ha impugnato l'aggiudicazione della gara per la fornitura di un sistema completo per analisi di immunochimica, disposta dall'-OMISSIS- in favore della società -OMISSIS-.

2. La ricorrente ha lamentato l'omessa - ed in tesi doverosa - esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura di gara, deducendo che l'offerta tecnica presentata dalla società -OMISSIS- non rispettava il requisito minimo relativo al "carry over", previsto dall'art. 7, punto 6, del capitolato speciale di gara e pari ad una misura inferiore o uguale a 0,1 parti per milione per tutti gli strumenti offerti, laddove per "carry over" si intende il fenomeno che consiste nel trascinamento di tracce di precedenti prelievi sanguigni, le quali determinano la contaminazione delle provette che contengono il campione ematico da analizzare.

3. Il T.a.r. ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati e dichiarando, con effetto *ex nunc*, l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con l'aggiudicataria, con diritto della ricorrente al subentro.

A fondamento della decisione, il primo giudice ha rilevato che il capitolato speciale di gara prevedeva espressamente, per tutti gli strumenti offerti, una misura massima di "carry over" inferiore o uguale a 0,1 parti per milione, introducendo un requisito minimo di partecipazione che, se non rispettato, avrebbe determinato l'esclusione del concorrente dalla gara.

A fronte di tale previsione, l'aggiudicataria aveva offerto la fornitura di uno strumento (lo “-OMISSIS-”) avente un “carry over” di cento volte superiore rispetto alla soglia fissata dal capitolato speciale e, per questa ragione, l'Amministrazione avrebbe dovuto escluderla dalla gara.

4. -OMISSIS- ha impugnato la decisione contestando che il “carry over” dovesse essere considerato alla stregua di un requisito di partecipazione, risultando piuttosto un criterio di valutazione dell'offerta tecnica, con la conseguenza che un valore superiore a quello indicato dal disciplinare non avrebbe potuto determinare *tout-court* l'esclusione del concorrente, come peraltro ritenuto dallo stesso T.a.r. per la Lombardia in fase cautelare e confermato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza -OMISSIS-.

L'appellante ha poi evidenziato che la legge di gara prevedeva una soglia di sbarramento fondata sul punteggio minimo dell'offerta dei concorrenti, attribuendo al requisito del “carry over” un punteggio (5 punti) e precisando che i concorrenti che non avessero raggiunto i 42 punti sarebbero stati esclusi. Tale peculiare conformazione della *lex specialis* confermerebbe, secondo le prospettazioni dell'appellante, che la misura del “carry over” rappresenta un requisito relativo al punteggio e non un requisito di partecipazione, considerata, altresì, la natura accessoria e residuale del macchinario “Maglumi” indicato nella propria offerta, al quale il requisito medesimo doveva ritenersi limitato (pari al 2% delle analisi).

Pertanto, sarebbero inconferenti, secondo l'appellante, i riferimenti effettuati dal T.a.r. all'istituto dell'*aliud pro alio*, ponendosi la decisione in contrasto con principi generali sottesi alla disciplina delle cause di esclusione dei concorrenti, che presuppongono la tipicità delle stesse, nonché ai principi del *favor participationis* e del buon andamento della pubblica amministrazione.

Infine, l'appellante ha richiamato la relazione del Direttore del laboratorio della stazione appaltante (doc.to 38 dell'-OMISSIS- prodotto in primo grado), in cui si è affermato che lo strumento accessorio “Maglumi” non ha mai in concreto dato luogo a problematiche di “carry over”.

5. -OMISSIS- si è costituita riproponendo le domande poste a fondamento del ricorso di primo grado non esaminate dal T.a.r. in quanto assorbite.
6. La stazione appaltante si è costituita chiedendo l'accoglimento dell'appello.
7. Con ordinanza cautelare -OMISSIS- è stata accolta l'istanza di misure cautelari formulata dall'appellante, con sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione impugnata.
8. All'udienza pubblica del 6 giugno 2024 l'appello è stato introitato per la decisione.
9. L'appello è fondato e va accolto per le seguenti ragioni.
10. La questione di fondo concerne l'interpretazione del capitolato speciale di gara, che all'art. 7, punto 6, stabilisce che, per "tutti gli strumenti" offerti, il "carry over" dichiarato deve essere inferiore o uguale a 0,1 parti per milione.
11. Il T.a.r. ha ritenuto che tale indicazione integri un requisito obbligatorio previsto a pena di esclusione, in quanto preordinato ad evitare risultati delle analisi falsati, non rilevando in contrario quanto previsto dal disciplinare di gara, che all'art. 18.1, punto A8, aveva incluso fra i criteri di valutazione delle offerte le modalità di gestione del "carry over", stabilendo l'assegnazione di 5 punti alle offerte che avessero previsto la "fornitura di puntale monouso per tutti i campioni e reagenti, per eliminazione totale del carry over", ovvero l'assegnazione di 2 punti per le offerte che avessero previsto la fornitura di sonde lavabili. Pertanto, pur non essendo la clausola espressamente prevista "a pena di esclusione", alla stessa avrebbe dovuto attribuirsi ciononostante, portata escludente, in quanto la fornitura di materiali con "carry over" inferiore alla soglia avrebbe integrato un'ipotesi di *aliud pro alio*.
12. La decisione del T.a.r. non tiene in considerazione il consolidato orientamento giurisdizionale che pretende una stretta tassatività – intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità – delle cause di esclusione, ai sensi del chiaro divieto previsto dall'art. 83 del D.lgs. n. 50/2016. La possibilità di configurare clausole di esclusione al di là di quelle espressamente previste dal bando deve considerarsi ipotesi assolutamente residuale ed eccezionale, pena

la violazione del superiore principio della par condicio e del *favor participationis*. Tra queste ipotesi eccezionali può rientrare anche il caso di *aliud pro alio*, che però può configurarsi solo nel caso in cui il materiale offerto sia radicalmente diverso da quello promesso, cioè, civilisticamente parlando, corrispondente ad una categoria merceologica assolutamente e radicalmente diversa.

Sul punto, la giurisprudenza ha efficacemente osservato che “*la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche essenziali previste negli atti di gara può risolversi in un aliud pro alio e giustificare, pertanto, l'esclusione dalla procedura anche in assenza di espressa previsione della sanzione espulsiva (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; Id., 5 maggio 2016, n. 1809). Nondimeno, l'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di un'esplicita comminatoria di esclusione, può operare soltanto nei casi in cui la lex specialis prevede caratteristiche e qualità dell'oggetto dell'appalto che possano essere qualificate con assoluta certezza come caratteristiche minime, perché espressamente definite come tali, oppure perché se ne fornisce una descrizione che ne rivela in modo certo ed evidente il carattere essenziale. Laddove manchi una tale certezza, come nel caso di specie, e permanga un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, "riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della lex specialis maggiormente rispettosa del principio del favor participationis e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione"* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084 e giurisprudenza ivi citata).

13. Nel caso oggetto del presente giudizio, la misura del “carry over” non è espressamente prevista a pena di esclusione, né lo è implicitamente, in quanto dal complesso degli atti di gara emerge come la stessa integri piuttosto un requisito relativo al punteggio, come dimostrato dal fatto che la legge di gara prevede una soglia di sbarramento fondata sul punteggio minimo dell'offerta, attribuendo al requisito del “carry over” un punteggio (5 punti), precisando altresì che i concorrenti che non avessero raggiunto i 42 punti sarebbero stati esclusi.

Ancora, il macchinario offerto dalla società -OMISSIS-, al quale si riferisce il requisito (cd. “Maglumi”), impatta solo per il 2% sul complessivo servizio ed inoltre dalle relazioni allegate agli atti, redatte da esperti della stazione appaltante, risulta che in concreto lo stesso non ha mai creato in concreto problemi di “carry over”.

Per queste ragioni, pretendere di interpretare il requisito “a pena di esclusione”, come ritenuto dal primo giudice, costituisce un’inammissibile invasione della discrezionalità tecnica dell’amministrazione.

14. Venendo alle censure riproposte in grado d’appello dalla società -OMISSIS-, non esaminate dal T.a.r. in quanto assorbite, le stesse risultano manifestamente inammissibili, in quanto volte a contestare l’attribuzione dei punteggi da parte della commissione, senza tuttavia indicare idonee ragioni a fondamento delle doglienze.

14.1. A tal riguardo è sempre attuale l’orientamento giurisprudenziale in base al quale la valutazione tecnica delle offerte e l’attribuzione dei punteggi costituisce attività riservata alla stazione appaltante, sindacabile in sede di legittimità solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà o errori sui fatti rilevanti ai fini di tali valutazioni (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2021, n. 8286; id., V, 26 marzo 2020, n. 2094; id., V, 18 marzo 2019, n. 1736). Alla luce della discrezionalità che connota le scelte della stazione appaltante in questo ambito, le censure dell’appellante appaiono del tutto generiche e non idonee ad evidenziare profili di manifesta irragionevolezza dell’esito della selezione.

14.2. Invero, l’appellata ha censurato l’attribuzione di punteggio effettuata dalla commissione, ipotizzando la legittimità di un diverso punteggio, ritenuto giusto e giungendo, per tal via, a colmare il *gap* di punti che la separa dall’aggiudicataria.

Si tratta, tuttavia, di censure non provate, solo ipotetiche e non idonee a denotare macroscopici errori di valutazione da parte della commissione di valutazione.

In particolare, è censurata la valutazione, da parte della commissione, dell'analizzatore “-OMISSIS- -OMISSIS-” e dell'analizzatore “-OMISSIS-”, in quanto inferiori, per caratteristiche tecniche, a quanto dichiarato, ma non viene provata l'incidenza del denunciato “deficit” qualitativo sulla valutazione complessiva della qualità dell'apparecchio.

Sotto ulteriore profilo, è censurata l'attribuzione del punteggio al sistema “-OMISSIS-” per la gestione del “carry over- tabellare”, avendo l'aggiudicataria ommesso di indicarne le caratteristiche, ma in realtà il punteggio appare correttamente attribuito dalla Commissione in quanto le caratteristiche sono indicate.

Infine, è contestata l'attribuzione del punteggio con riguardo ai sub-criteri: “A9 Rumorosità dello strumento dichiarata”, “A11 Possibilità di scambiare reattivi già in uso tra le due strumentazioni offerte con mantenimento dei test residui – tabellare”, “A13 Rilevazione automatica degli interferenti endogeni con specifica segnalazione sul referto del paziente dei soli test impattati e senza utilizzo di reagenti aggiuntivi”, “A16 Utilizzo di acqua: Indicare il volume orario di consumo di acqua in litri per la soluzione prima dell'ingresso in eventuali sistemi di purificazione/deionizzazione, in modalità di funzionamento delle strumentazioni in routine (campioni attivamente in esecuzione) da graduare per confronto proporzionale sul valore dichiarato - tabellare” ed “A17 Produzione di reflui/rifiuti: indicare la produzione da parte degli analizzatori di reflui/rifiuti per esecuzione di 1000 test espressi in Kg o Litri da graduare per confronto proporzionale sul valore dichiarato - tabellare”.

Dall'esame del punto 18 del disciplinare di gara (“criteri di valutazione dell'offerta tecnica”) emerge che il punteggio complessivo di ciascuna offerta tecnica è rappresentato dalla somma dei punteggi qualitativi attribuiti ai singoli sub-criteri, riferiti a ciascuna offerta tecnica valutata nel suo complesso, costituendo oggetto della fornitura un “sistema completo comprendente

strumentazione, reagenti, materiale di consumo, servizio di assistenza e manutenzione per analisi di immunochimica”.

-OMISSIS- ha offerto un sistema composto dalle macchine “-OMISSIS-” e dalla macchina “Maglumi”, deputata ad eseguire prestazioni secondarie e accessorie, pari al 2% dell’intera prestazione, formulando apposito quesito alla stazione appaltante, volto a conoscere le modalità di valutazione dell’offerta nell’ eventualità in cui fosse stato proposto un sistema aggiuntivo. In particolare, il quesito era volto a chiarire se, in tale eventualità, la griglia di valutazione del punteggio sarebbe stata applicata al solo sistema principale, ossia quello che esegue la stragrande maggioranza dei test.

L’Azienda ha riscontrato il quesito dichiarando che la valutazione sarebbe avvenuta in relazione al sistema offerto nel suo complesso, come in effetti avvenuto, avendo la commissione valutatrice attribuito i punteggi con riferimento al sistema complesso offerto da -OMISSIS-, il quale è risultato in grado di soddisfare i requisiti richiesti, ottenendo la relativa valutazione, già solo con riferimento alla componente principale (“-OMISSIS-”).

Tale valutazione non può ritenersi affetta da macroscopica illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti, atteso che le asserite omesse dichiarazioni relative alle caratteristiche dello strumento “-OMISSIS-” non inficiano la sufficienza e la completezza dell’offerta di -OMISSIS-, e ciò anche a prescindere dall’effettiva produzione della prova di resistenza da parte di -OMISSIS-, oggetto di differente ricostruzione tra le parti in causa.

15. In definitiva, l’appello deve essere accolto e, in riforma della decisione impugnata, il ricorso di -OMISSIS- deve essere respinto, con piena validità ed efficacia degli atti impugnati.

16. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate, in ragione della peculiare natura tecnica delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

della decisione impugnata, respinge il ricorso di -OMISSIS-, con piena validità ed efficacia degli atti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Raffaello Scarpato**

**IL PRESIDENTE**  
**Michele Corradino**

**IL SEGRETARIO**