

SENTENZA

Consiglio di Stato sez. III - 06/09/2023, n. 8189

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA
sul ricorso in appello numero di registro generale 898 del 2023,
proposto dalla Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati
Stefano Bonatti e Lorella Fumarola, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

contro
l'Asl Frosinone, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Matteo Ferrario, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti
della A. De Mori s.p.a., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Sgobbi e
Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio,
Sezione staccata di Latina, n. 1001 del 21 dicembre 2022, resa tra le
parti, concernente una fornitura biennale di sistemi analitici per
emogasanalisi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl Frosinone e
della A. De Mori s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2023 il
consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati
Raffaele Izzo, su delega dell'avvocato Stefano Bonatti, Tommaso
Matteo Ferrario e Luciano Sgobbi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Asl di Frosinone ha indetto con atto deliberativo n. 311 del 20 aprile 2021 una procedura di gara aperta avente ad oggetto la fornitura per le diverse unità operative della stessa Azienda, in service biennale, con opzione di proroga per un ulteriore anno, di 36 sistemi analitici per emogasanalisi con tecnologia a cartuccia multi test con assistenza tecnica full risk e materiali di consumo.

1.2. L'aggiudicazione del contratto è stata effettuata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (di seguito codice) in ragione di 70 punti da assegnare per la componente tecnica e 30 punti per quella economica.

1.3. Alla procedura hanno preso parte, oltre a Siemens Healthcare s.r.l., anche la A. De Mori s.p.a., l'Instrumentation Laboratory s.p.a. e la Nova Biomedical Italia s.r.l.

1.4. All'esito delle operazioni di valutazione delle offerte, la A. De Mori s.p.a. si è classificata prima con punti 77,21, seguita da Siemens Healthcare s.r.l. con punti 76,67, Instrumentation Laboratory s.p.a. con punti 73,92 e Nova Biomedical Italia s.r.l. con punti 66,81.

1.5. Con atto deliberativo n. 286 del 14 aprile 2022 è stata disposta l'aggiudicazione in favore della società A. De Mori, per un ammontare contrattuale di euro 595.200,00, oltre IVA.

1.6. La Siemens Healthcare ha tuttavia impugnato dinanzi al Tar di Latina il provvedimento di aggiudicazione sostenendo che:

a) i dispositivi ABL90 Flex Plus offerti dall'aggiudicataria non avrebbero consentito, come richiesto invece dalla *lex specialis* a pena di esclusione (art. 3.1, n. 12, del capitolato speciale), la calibrazione automatica per tutti i parametri senza l'intervento dell'operatore, non essendo tale operazione consentita per la tHb (emoglobina totale);

b) l'apparecchio offerto dall'aggiudicataria non avrebbe permesso di interrompere tutte le calibrazioni in qualsiasi momento, per consentire l'esecuzione di analisi in urgenza, come prescritto dalla *lex specialis*;

c) non sarebbero state considerate le superiori le caratteristiche tecniche migliorative dei prodotti offerti dalla ricorrente, quanto a modalità di rilevazione delle ostruzioni (bolle d'aria e coaguli), rischio biologico, determinazione di altri analiti oltre a quelli richiesti e analisi di altre matrici. Ciò avrebbe condotto ad un diverso esito della graduatoria di gara, in cui la differenza tra prima e seconda classificata è risultata di soli punti 0,54;

d) i giudizi espressi dal seggio di gara sulle caratteristiche migliorative di tipo discrezionale (i.e. criteri nn. 8, 9, 10 e 17 dell'art. 4 del capitolato speciale) sarebbero stati privi di motivazione discorsiva e/o di un giudizio esplicativo sintetico.

1.7. Dopo la proposizione del ricorso in data 27 settembre 2022, la commissione giudicatrice ha proceduto all'analisi ed alla valutazione delle contestazioni prospettate da Siemens Healthcare sul rispetto dei requisiti minimi e di valutazione riferiti all'analizzatore ABL90 Flex Plus offerto dalla A. De Mori. All'esito di tale istruttoria, la stazione appaltante ha confermato la rispondenza del prodotto dell'aggiudicataria ai requisiti minimi della fornitura ed ha confermato l'attribuzione dei punteggi ad essa assegnati.

1.8. Di conseguenza, la società ricorrente ha proposto motivi aggiunti.

2. Il Tar di Latina, con la sentenza indicata in epigrafe (n. 1001 del 2022), ha respinto il ricorso della Simens e i motivi aggiunti, condannando la ricorrente alle spese di giudizio.

2.1. In sostanza, secondo lo stesso Tribunale il capitolato speciale di gara non esigeva la fornitura di strumenti completamente automatici, incluse le operazioni di calibrazione, ma che queste ultime

fossero non d'intralcio all'operatore, che non doveva essere obbligato ad intervenire manualmente sulla macchina, come attestato dalla formulazione dell'art. 3.1, n. 12, del capitolato stesso, ove si prevede una "*calibrazione automatica per tutti i parametri senza l'intervento dell'operatore*". In altri termini, la finalità del requisito sarebbe stata quella di lasciare liberi gli utilizzatori ospedalieri o di laboratorio da oneri di regolazione o manutenzione degli apparecchi.

2.2. Inoltre, secondo il giudice di primo grado, ai sensi dell'68, comma 7, del codice, avrebbe rilevato il principio generale di equivalenza, che sarebbe stato applicabile anche quando non fosse stato richiamato dalla *lex specialis*, nonché l'apprezzamento tecnico-discrezionale dell'organo valutatore, sindacabile in via giudiziale solo in presenza di macroscopici vizi ed abnormità, non avendo il seggio di gara l'onere di una esplicita esternazione a verbale, né il concorrente quello di produrre una formale e solenne attestazione di equipollenza funzionale, occorrendo solo l'esibizione di un "*qualsiasi mezzo appropriato*" (nella specie, la relazione tecnica e i documenti allegati), da cui fosse desumibile la rispondenza sostanziale del prodotto offerto alla specifica tecnica.

2.3. Per il Tar, l'equivalenza significava dunque la capacità di soddisfare le stesse esigenze sostanziali a base di gara, sulla scorta di una valutazione tecnico-discrezionale riservata all'Amministrazione ed implicita nel giudizio positivo espresso, fondato su quanto dedotto dall'aggiudicataria in merito al fatto che l'ABL90 Flex Plus consentisse di far fronte alle esigenze sottese all'art. 3.1, n. 13, del capitolato speciale. Infatti, il richiesto requisito della possibilità di interrompere la calibrazione per attivare esami d'urgenza è stato basato

su tecnologie che hanno processi di calibrazione lunghi e/o frequenti nell'arco della giornata, in quanto, quando calibra, lo strumento non esegue analisi. L'ABL90 Flex Plus, alla stregua della documentazione tecnica che ne illustra le caratteristiche e che è stata allegata all'offerta, consentirebbe quindi di interrompere le calibrazioni in ogni momento in modo meccanico e manuale, agendo sull'impugnatura del sistema di ingresso. Inoltre, è costruito secondo una tecnologia innovativa che esegue la calibrazione per blocchi di parametri programmati ad intervalli, che permette operazioni rapidissime, le quali

richiedono un tempo massimo compreso tra 1 e 2 minuti e 30 secondi e che consentono l'operatività della macchina per circa 23 ore e 35 minuti al giorno. Ciò renderebbe addirittura superflua l'interruzione stessa del processo di calibrazione per dare priorità ad un esame d'urgenza, sol che si consideri che una tecnologia tradizionale, come quella del Rapid Point 500e offerto dall'odierna ricorrente, richiede almeno 50 secondi per passare dalla modalità calibrazione a quella di analisi e impegna lo strumento in 45 calibrazioni giornaliere, che richiedono complessivamente 123 minuti e 5 secondi (i.e. oltre 2 ore di indisponibilità sulle 24 della giornata), sì che l'interruzione della calibrazione è essenziale per sovvenire a una richiesta di urgenza.

2.4. Quanto alle valutazioni fatte dal seggio di gara, nell'applicazione del criterio dell'offerta più vantaggiosa, le stesse, secondo il Tar, si caratterizzano per un'ampia discrezionalità tecnica e per i conseguenti limiti che incontra il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, al quale sono sottratte, salvo che esse non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.

3. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la società Siemens Healthcare censurando in particolare due capi della stessa relativi:

i) al rigetto del secondo motivo di primo grado, cioè alla pretesa carenza del requisito minimo del sistema offerto dall'aggiudicataria (in sostanza, non sarebbe stato possibile interrompere le operazioni di calibrazione per eseguire le analisi di urgenza, né sarebbe stato possibile applicare il principio dell'equivalenza nella valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria);

ii) alla ritenuta infondatezza del terzo motivo di primo grado sull'erroneità dei punteggi attribuiti alle caratteristiche migliorative (modalità rilevazioni ostruzioni - rischio biologico - determinazione di altri analiti).

4. La società A. De Mori si è costituita in giudizio il 3 febbraio 2023, mentre l'Asl Frosinone il 15 febbraio 2023. Entrambe le parti hanno chiesto il rigetto dell'appello.

5. La società appellante, la A. De Mori e la Asl Frosinone hanno depositato ulteriori memorie il 2 maggio 2023 e repliche il 6 maggio 2023.

6. L'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, è stata rinviata al merito nella camera di consiglio del 23 febbraio 2023.

7. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 19 maggio 2023 senza che le parti abbiano insistito per la trattazione dell'istanza cautelare.

8. L'appello non è fondato.

9. Va preliminarmente rilevato che quanto al primo profilo evocato dalla società appellante, il macchinario fornito dall'aggiudicataria (cfr. documentazione tecnica depositata dalla A. De Mori) consente, come richiesto dalla *lex specialis* (cfr. n. 13 Capitolato), di poter effettuare rapidamente, le analisi d'urgenza in ragione delle modalità del processo di calibrazione (mediante una tecnologia innovativa che calibra per blocchi di parametri programmati ad intervalli di 1 - 2 minuti con operazioni rapidissime che rendono superflua interruzione). L'apparato della società ricorrente richiede invece 50 secondi per passare da calibrazione ad analisi urgente, mentre per processi calibrazione due ore nell'arco della giornata.

9.1. Sul punto tuttavia parte appellante insiste che la mancata previsione di un meccanismo di interruzione integrerebbe l'assenza di un requisito minimo da parte dell'apparato dell'aggiudicataria, circostanza che avrebbe dovuto condurre alla sua esclusione.

9.2. In sostanza, l'offerta ritenuta congrua configurerebbe invece una modifica delle regole di gara, non potendosi ritenere applicabile al caso di specie il principio dell'equivalenza, prescrivendo il capitolato la possibilità di un'interruzione del processo di calibrazione in qualsiasi momento e indipendentemente dalla durata della singola calibrazione.

10. La tesi prospettata non può essere condivisa. Il capitolato speciale esige che le operazioni di calibrazione non devono essere di ostacolo all'operatore, che non deve essere obbligato ad intervenire manualmente sulla macchina, come desumibile dalla formulazione dell'art. 3.1, n. 12, dello stesso capitolato. Di conseguenza, il giudice di primo grado ha correttamente rilevato che la finalità di tale requisito è quella di lasciare liberi gli utilizzatori ospedalieri o di laboratorio da oneri

di regolazione o manutenzione degli apparecchi (gli analizzatori ABL90 Flex Plus dell'aggiudicataria "*effettuano le calibrazioni in modo automatico per tutti i parametri*").

10.1 Inoltre, il mancato richiamo del capitolato all'art. 68, comma 7, del codice non impedisce l'applicazione del generale principio di equivalenza. Tale principio, introdotto dalla predetta norma in attuazione dell'art. 42 della direttiva 2014/24/UE, per consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, III, 10 febbraio 2022, n. 1006; V, 17 febbraio 2022,

n. 1186) permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, sul presupposto che la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità.

10.2. In questi termini il principio di equivalenza è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (cfr. Cons. Stato, IV, 7 giugno 2021, n. 4353). Lo stesso presuppone quindi la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, III, 7 luglio 2021, n. 5169; 22 novembre 2017, n. 5426), quale "*conformità sostanziale*" con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengono nella sostanza soddisfatte (cfr. Cons. Stato, V, 25 marzo 2020, n. 2093).

10.3. Cosicché, nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica strutturata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella quale cioè è demandata alla valutazione tecnico-discrezionale della stazione appaltante l'individuazione comparativa dell'offerta che meglio soddisfa le esigenze rappresentate nella *lex specialis*, le caratteristiche minime stabilite nella

documentazione di gara non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della suddetta *lex specialis* laddove siano,

comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell'affidamento (cfr. Cons. Stato, IV, n. 4353 del 2021, cit.).

10.4. Ne deriva, sul piano applicativo, che, sussistendone i presupposti, la stazione appaltante deve operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni tecniche offerte, sì che le specifiche indicate dal bando "*vengono in pratica comunque soddisfatte*" (cfr. Cons. Stato, III, 29 marzo 2018, n. 2013).

10.5. In questo quadro, la stazione appaltante ha correttamente ritenuto, con un giudizio che non appare caratterizzato da macroscopici vizi ed abnormità, che vi fosse una equivalenza nelle caratteristiche dell'apparato dell'aggiudicataria in grado di soddisfare le

stesse esigenze sostanziali a base di gara, non potendosi ritenere che le soluzioni adottate, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettassero le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un *aliud pro alio* (la strumentazione della ditta vincitrice - ABL90 FLEX - sulla base di una tecnologia innovativa rende superflua la necessità di interruzioni perché i processi di calibrazione sono estremamente rapidi al contrario di macchinari tradizionali con processi molto più lunghi).

11. Quanto alle censure dell'appellante relative alle caratteristiche migliorative oggetto di valutazione tecnico discrezionale (es. bolle d'aria che posso determinare interruzioni e per il quale è stato assegnato un giudizio discreto per la ricorrente e buono per l'aggiudicataria), va ribadita l'ampia discrezionalità tecnica del seggio di gara e i conseguenti limiti di sindacato di legittimità circoscritto ai soli casi di manifesta illogicità, irrazionalità e arbitrarietà. Più nel dettaglio, lo stesso sindacato può essere invocato mediante la dimostrazione (il cui onere è a carico della parte ricorrente) di una palese illogicità o di una evidente irragionevolezza o di inattendibilità tecnica (da non confondere con mera opinabilità della valutazione operata) ovvero per un errore di fatto, che siano tali da inficiare la valutazione dell'offerta tecnica in concreto compiuta. Diversamente

opinando, il giudice svolgerebbe un inammissibile sindacato sostitutorio, entrando nel merito delle valutazioni riservate all'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, III, 25 marzo 2021, n. 2516).

11.1. Nel caso in esame le doglianze sui punteggi attribuiti alle modalità di rilevazione delle ostruzioni, del rischio biologico, della determinazione di altri analiti, oltre quelli richiesti e all'analisi di altre matrici, presentano un grado di interpretazione di carattere tecnico confutabile alla luce della griglia valutativa prevista dall'art. 4 del capitolato, strutturata con 23 voci che coprono le diverse caratteristiche tecniche migliorative e comunque tali da indirizzare correttamente la discrezionalità della commissione tra un minimo e un massimo di punteggio.

11.2. Più nel dettaglio, dalla documentazione tecnica depositata agli atti del giudizio (cfr. valutazioni commissione su deduzioni ricorrente e documenti nn. 23 e 24 depositati in sede di offerta dalla ditta De Mori) si evince che il sistema della rilevazione delle bolle d'aria e dei coaguli dell'aggiudicataria non solo segnala la presenza di eventuali ostruzioni, ma risolve queste ultime automaticamente, mentre per il rischio biologico (cfr. documento 11 dell'offerta De Mori) lo strumento utilizzato adotta sistemi in grado di prevenirlo.

11.3. Infine, sulla determinazione di altri analiti (es. hb Fetale, creatinina) e per l'analisi di altre matrici (es. acquosa, bagni di dialisi), va in particolare evidenziato in ordine alla censura di parte appellante fondata sul rilievo che nel manuale d'uso prodotto dall'aggiudicataria l'analisi dei liquidi di dialisi non avrebbe "scopo clinico", che i liquidi analizzati provengono da un'apparecchiatura (il c.d. rene artificiale) fabbricata da un

soggetto terzo, e non provengono, invece, dal paziente. Tuttavia, il manuale descrive le modalità d'esecuzione dei test su liquidi di dialisi (documento n. 5 De Mori, pag. 362 e seguenti) e per gli stessi, come rilevato dalla commissione giudicatrice nel verbale del 27 settembre 2022 " *è possibile produrre risultati allineati con le strumentazioni/metodiche presenti in Laboratorio di Analisi attraverso l'inserimento dei fattori di correzione (offset e pendenza) richiamati automaticamente dall'emogasanalizzatore, così come riportato nella documentazione tecnica prodotta dalla ditta*". In sostanza, i risultati possono essere considerati un utile riferimento iniziale per ulteriori approfondimenti.

12. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va quindi respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

13. In considerazione della complessità della materia oggetto di contenzioso, le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 898 del 2023, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Stefania Santoleri, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 06 SET. 2023.

