Pubblicato il 15/06/2020

N. 00018/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00025/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 25 del 2020, proposto da BioMérieux Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini, Roberto Bonatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

In.Va. s.p.a., Azienda U.S.L. Valle D'Aosta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Francesco Russo, Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Becton Dickinson Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina del Direttore Generale di IN.VA. S.p.A. n. 85 del 20 febbraio 2020, nella parte in cui ha aggiudicato alla controinteressata il lotto n. 3 della procedura telematica aperta per fornitura di sistemi diagnostici per l'esecuzione di analisi e dei servizi connessi, nonché per la fornitura di reattivi occorrenti alla S.C. Analisi Cliniche (CIG 782965755A);
- della comunicazione ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, prot. n. 1855 del 24 febbraio 2020 trasmessa via pec in pari data;
- di tutti i verbali di gara, ed in particolare (ma non esclusivamente) di quello del 9 dicembre 2019 e del 19 dicembre 2019;
- della richiesta di chiarimenti alla controinteressata, prot. n. 10760/2019 ma di contenuto non cognito, con la quale la Stazione Appaltante avrebbe richiesto a Becton Dickinson "alcune precisazioni" relative all'offerta per il lotto n. 3;
- della nota protocollata dalla Stazione Appaltante n. 10874/2019, di contenuto non cognito, contenente risposta ai chiarimenti richiesti alla controinteressata;
- per quanto occorrer possa, del bando, del disciplinare, del capitolato speciale di appalto, del capitolato tecnico, delle comunicazioni e dei chiarimenti pubblicati sul sito internet di IN.VA. S.p.A.;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, anche non cogniti.
- per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more dall'Amministrazione resistente con Becton Dickinson Italia s.p.s., con dichiarazione di disponibilità e

contestuale istanza per il subentro nello stesso della ricorrente BioMérieux Italia s.p.a.

ed inoltre ex art. 116 cod.proc.amm.

per l'accesso completo alla documentazione tecnica e di gara già richiesta in data 3 marzo 2020

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di In.Va. S.p.A. e di Becton Dickinson Italia S.p.A. e di Azienda U.S.L. Valle D'Aosta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 9 giugno 2020 la dott.ssa Paola Malanetto, svoltasi da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha impugnato gli esiti della gara indetta con procedura telematica aperta in data 2.4.2019 da IN.VA s.p.a per quanto in particolare concerne il lotto 3, relativo all'affidamento di "un sistema per emoculture" avente la durata di cinque anni ed importo a base d'asta pari a € 265.000,00. L'aggiudicazione è intervenuta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In data 7.6.2019 la stazione appaltante pubblicava le risposte ad alcuni chiarimenti chiesti in corso di gara.

In particolare, per il lotto 3, si chiedeva "in relazione al requisito preferenziale n. 2 ("possibilità di utilizzare flaconi da emocoltura anche per liquidi biologici normalmente sterili") di confermare che tale possibilità d'uso debba intendersi riferita a flaconi che comunque prevedano come destinazione d'uso anche quella relativa ai liquidi biologici normalmente sterili e che quindi il punteggio per il requisito

preferenziale in esame non verrà assegnato nel caso in cui l'uso su liquidi biologici normalmente sterili non sia specificamente previsto dalla scheda tecnica del flacone."

La stazione appaltante rispondeva "si conferma".

Alla seduta pubblica di gara del 3.12.2019 i rappresentanti della ricorrente contestavano a verbale l'attribuzione in favore dell'aggiudicataria del punteggio previsto dal criterio n. 2 del bando evidenziando come, in verità, alla luce del chiarimento reso, detta attribuzione, risultasse illegittima, non essendo tale requisito evincibile dalla scheda tecnica dei prodotti offerti.

La commissione svolgeva approfondimenti istruttori e confermava l'attribuzione del punteggio.

Nelle more la ricorrente formulava istanza di accesso agli atti.

Lamenta parte ricorrente:

1) La violazione di legge per violazione della *lex specialis* di gara, in relazione al requisito preferenziale n. 2, per come interpretato con la risposta ai chiarimenti; violazione di legge ed eccesso di potere per violazione del principio di *par condicio* e di concorrenza; violazione di legge per violazione degli artt. 68, 94 e 95 del d.lgs 50/2016; eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, contraddittorietà, errore sui presupposti e travisamento di fatto.

Insiste parte ricorrente che l'aggiudicataria non avrebbe dovuto conseguire il punteggio preferenziale alla luce dell'interpretazione del bando fornita con il menzionato chiarimento; decurtando tale punteggio gli esiti della gara muterebbero in suo favore.

La ricorrente ha dunque chiesto annullarsi gli atti impugnati e dichiararsi l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Ha inoltre formulato istanza infraprocedimentale di accesso agli atti; quanto a quest'ultima la documentazione è stata depositata in corso di giudizio.

Si sono costituite la controinteressata e la stazione appaltante, contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso introduttivo.

Con ordinanza n. 16/2020 veniva accolta l'istanza cautelare, demandando ogni valutazione di merito alla successiva udienza di discussione.

All'udienza del 9.6.2020 la causa veniva decisa nel merito.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Nella legge di gara, per il lotto 3, sono stati individuati taluni requisiti preferenziali tra i quali la "possibilità di utilizzare i flaconi da emocoltura anche per liquidi biologici normalmente sterili".

Il requisito comportava l'attribuzione di 10 punti. E' pacifico in fatto che il prodotto offerto dall'aggiudicataria consente, con un accorgimento tecnico, tale possibilità, la quale tuttavia non è esplicitata nelle schede tecniche dei flaconi.

Come esposto nella parte in fatto, nel corso della procedura, veniva formulato il quesito (dal tenore in verità suggestivo) già riportato, che induceva una risposta della stazione appaltante dalla quale si potrebbe evincere la volontà di restringere l'applicazione del requisito stesso, riconoscendo il punteggio solo nel caso in cui la richiesta possibilità fosse evincibile dalla scheda tecnica del prodotto.

E' tuttavia evidente che, in assenza di alcuna indicazione in tal senso nella legge di gara, non poteva certo individuarsi una ambiguità sul punto; eventuali chiarimenti resi in corso di procedura, per univoca giurisprudenza, non possono in alcun modo comportare sostanziali

modifiche della legge di gara (l'unica sulla quale si instaura il confronto concorrenziale), tanto meno in senso restrittivo della concorrenza. In tal senso si veda *ex multis* Cons. St., sez. V, n. 1604/2020 in cui si legge: "I chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e la ratio, ma non quando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (Cons. Stato, III, 20 aprile 2015, n. 1993; V, 29 settembre 2015, n. 4441; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154). Indi, i chiarimenti integrativi della *lex specialis* nei sensi sopra detti non sono vincolanti per la commissione giudicatrice (da ultimo, Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6026; 17 gennaio 2018, n. 279)". Né evidentemente è sostenibile, come prospetta la ricorrente, che solo i requisiti di ammissione incidano sul confronto concorrenziale, posto che ogni requisito tecnico o di preferenza, determinando il punteggio, incide sull'esito della gara che non è certo avulso del leale confronto concorrenziale. D'altro canto proprio con una restrittiva lettura della legge di gara la ricorrente pretende di ribaltare gli esiti della gara stessa.

E' quindi evidente che il chiarimento nulla ha chiarito ma, al più, ha, illegittimamente, introdotto un elemento restrittivo per l'attribuzione del punteggio, e bene ha fatto la commissione ad ignorarlo non potendo, come detto, la legge di gara essere alterata da successivi atti procedurali, per pacifica regola che governa l'evidenza pubblica.

Pertanto, stante la natura vincolante della legge di gara, da interpretarsi secondo il principio del *favor partecipationis*, ed essendo inoltre pacifico in fatto che, pur non figurando esplicitamente nelle schede tecniche dei prodotti la possibilità di utilizzare i flaconi offerti dalla controinteressata per liquidi biologici normalmente sterili, tale utilizzo è tecnicamente realizzabile, il punteggio è stato correttamente attribuito all'aggiudicataria.

Né rilevano le considerazioni della ricorrente circa i possibili vantaggi che la stazione appaltante potrebbe trarre dall'esplicita previsione del requisito contenuta nella scheda tecnica; anche ad ammettere che potrebbero esservi dei vantaggi non di mera forma, la sussistenza di tale ulteriore elemento non è stata chiesta né valorizzata dalla legge di gara e la sua valorizzazione è un auspicio della ricorrente che, in tal modo, tenta di riscrivere il documento nei termini per la stessa più vantaggiosi.

D'altro canto, e come correttamente osservato dalla controinteressata, il punto 18.5 del disciplinare, con riferimento alla composizione dell'offerta tecnica tra l'altro del lotto 3, precisava che la stessa doveva rendere possibile "comprovare la rispondenza rispetto alle caratteristiche minime *e preferenziali* non evidenziabili nella restante documentazione". In sostanza, e come ragionevole in assenza di esplicite indicazioni contrarie, era l'oggettiva sussistenza del requisito, da valutarsi alla luce del complesso dell'offerta tecnica, che avrebbe potuto e dovuto essere valorizzata. Appare quindi corretto che, a fronte delle contestazioni mosse dalla ricorrente già nel corso del procedimento di gara, la stazione appaltante abbia svolto approfondimenti istruttori per riscontrare nel concreto la sussistenza del requisito tecnico. Risulta pertanto anche ultroneo

affrontare la problematica del principio di equivalenza tecnica, posto che tale questione avrebbe un senso ove si ritenesse sussistere la prescrizione relativa all'indicazione del requisito nella specifica scheda tecnica del prodotto.

Il ricorso deve quindi essere respinto.

Quanto alla domanda di accesso, la stessa ricorrente ha dato atto che tutta la documentazione è stata versata in giudizio. Contrariamente a quanto assunto dalla ricorrente sul punto, non si può configurare la soccombenza virtuale in ordine alla domanda di accesso; il documento 18 che parte ricorrente denomina "diniego parziale di accesso" reca in verità un semplice accoglimento in cui si chiarisce che viene "rilasciata la documentazione concessa"; non vi è in atti alcun verbale di accesso o ulteriore elemento da cui risulti che la società, in sede di accesso, abbia effettivamente mosso contestazioni rispetto a parte della documentazione, lamentandone la mancata consegna e sostenendone la necessità. D'altro canto la stessa ricorrente, che afferma non esserle state consegnate all'atto dell'accesso le schede tecniche della controparte (circostanza che, si ribadisce, non si evince in atti che sia stata contestata al momento dell'accesso stesso), ha riconosciuto trattarsi di documenti pubblici e noti (tanto più tra operatori del medesimo mercato) e formulato censure che, su tali aspetti tecnici, si fondano a prescindere dalla loro consegna in sede di accesso ed ancor prima che la stazione appaltante depositasse in giudizio la pertinente documentazione, anzi persino sin dal verbale della seduta pubblica in cui è stata resa nota l'aggiudicazione.

Ne consegue che appare verosimile che la ricorrente, all'atto dell'accesso, sul punto non abbia formulato richieste o contestazioni,

trattandosi di documentazione di fatto già in suo possesso o comunque per la medesima irrilevante. Deve quindi escludersi la rilevanza della problematica dell'accesso in termini di soccombenza virtuale.

Il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

respinge il ricorso;

condanna parte ricorrente e rifondere le spese di lite liquidate, in favore di ciascuna della due controparti, in € 3000,00 oltre IVA, CPA e rimborso spese generali 15%.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2020, svoltasi da remoto mediante videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozzi, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Paola Malanetto	**Andrea Migliozzi**

IL SEGRETARIO