

Pubblicato il 26/04/2021

N. 00538/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00267/2021 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 per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 267 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Tecnohealth S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Diego Signor, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Zambelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Eurosets S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

previa sospensione cautelare degli effetti o comunque previa adozione di idonee misure

cautelari:

A) della deliberazione del Commissario n. 63 del 29 gennaio 2021 di Azienda Zero, comunicata con nota prot. 2534 del 1° febbraio 2021, avente ad oggetto “Gara d'appalto mediante procedura aperta telematica per la fornitura di Kit per circolazione extracorporea in fabbisogno alle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, 2^ procedura per lotti deserti, indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22/07/2020 e successiva rettifica n. 533 del 21/09/2020. Aggiudicazione” e relativi allegati nella parte in cui è stato aggiudicato a Eurosets s.r.l. il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) della su indicata procedura aperta telematica e comunque non si è proceduto all'esclusione di Eurosets s.r.l. da quel lotto;

B) del Disciplinare di gara approvato con delibera del Direttore Generale dell'Azienda Zero n. 533/2020 (e della delibera del 21 settembre 2020 n. 533 del Direttore Generale dell'Azienda Zero che ha approvato il Disciplinare) nella parte in cui è stata introdotta anche la formula matematica “concava alla migliore offerta (interdipendente) non lineare con $\alpha < 1$ ”, di cui all'articolo 16, comma 3, nonché nella parte in cui è stata introdotta la previsione dell'articolo 19, ultimo capoverso, ultimo punto, ove interpretato come ostativo alla presentazione di offerte in aumento all'importo fissato a base d'asta per il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”);

C) del Disciplinare di gara approvato con delibera del Direttore Generale dell'Azienda Zero n. 415/2020 (e della delibera del Direttore Generale dell'Azienda Zero in data 22 luglio 2020 n. 415 che ha approvato il Disciplinare) nella parte in cui è stata introdotta anche la formula matematica “concava alla migliore offerta (interdipendente) non lineare con $\alpha < 1$ ” di cui all'articolo 16, comma 3, nonché nella parte in cui è stata introdotta la previsione dell'articolo 19, ultimo capoverso, ultimo punto, ove interpretato come ostativo alla presentazione di offerte in aumento all'importo fissato a base d'asta per il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”);

D) della comunicazione di Azienda Zero prot. n. 2534 del 1° febbraio 2021, avente ad oggetto “Procedura aperta telematica per la fornitura di Kit per circolazione extracorporea in fabbisogno alle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, 2^ procedura per lotti deserti, per la durata di 3 anni, con opzione di proroga per ulteriori 6 mesi, suddivisa in 11 lotti funzionali, indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22/07/2020 e successiva rettifica n. 533 del 21/09/2020. Comunicazione esito gara”;

E) dei verbali della Commissione giudicatrice, nonché degli allegati ai medesimi, di data 12 gennaio 2021 e 18 gennaio 2021, 1° e 2° seduta, nonché di tutti gli ulteriori verbali, anche quelli allo stato non ancora conosciuti, ivi compreso il verbale della seduta riservata del 1 ottobre 2020 (allo stato non conosciuto), il verbale del RUP del 27 gennaio 2021 (allo stato non conosciuto), tutti nella parte in cui è stato aggiudicato il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) a Eurosets s.r.l. e comunque non si è proceduto all'esclusione di Eurosets s.r.l. da quel lotto;

F) nonché di tutti gli altri atti e comunicazioni presupposti, connessi o conseguenti, anche non conosciuti;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto d'appalto che dovesse essere stato stipulato, medio tempore, tra Azienda Zero ed Eurosets s.r.l. in relazione al lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”)

e, in ogni caso, per la condanna

di Azienda Zero al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara a Tecnohealth s.r.l. e conseguente stipulazione del contratto per il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) ovvero subentro dell'odierna esponente nel contratto di appalto laddove medio tempore stipulato, ovvero, in subordine, per equivalente;

e in via subordinata: per l'annullamento previa sospensione cautelare degli effetti o comunque previa adozione di idonee misure cautelari, degli atti relativi all'intera procedura aperta telematica “per la fornitura di Kit per

circolazione extracorporea in fabbisogno alle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, 2^a procedura per lotti deserti, indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22/07/2020 e successiva rettifica n. 533 del 21/09/2020” relativamente al lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) e in particolare:

- * della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 415 del 22 luglio 2020;
- * della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 533 del 21 settembre 2020;
- * del bando di gara e di tutti gli altri atti di gara, approvati con deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 415/2020 sub “Allegato A” e “Allegato B” (estratto);
- * del disciplinare di gara, approvato alla deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 415/2020 sub “Allegato C”;
- * del disciplinare di gara rettificato, approvato con deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 533/2020;
- * di tutti gli allegati al Disciplinare di gara: allegato C.1 – Fac simile DGUE, allegato C.2 – Fac simile dichiarazione sostitutiva, allegato C.3 – Modello offerta economica, allegato C.4 – Modello offerta tecnica, allegato C.5 – Capitolato tecnico e suoi allegati, allegato C.6 – Criteri di valutazione, allegato C.7 – Capitolato d'oneri, allegato C.8 – Campionatura, allegato C.9 – Informativa Privacy, allegato C.10 – Modello di giustificazioni offerta economica;
- * della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 665 del 9 novembre 2020 con la quale è stata disposta la nomina della Commissione giudicatrice;
- * di tutti i verbali della Commissione giudicatrice e degli altri verbali, anche quelli allo stato non ancora conosciuti;
- * del verbale della seduta riservata del 1° ottobre 2020, allo stato non conosciuto;

* del verbale del RUP del 27 gennaio 2021, allo stato non conosciuto; nonché di tutti gli altri atti e comunicazioni presupposti, connessi o conseguenti, anche non conosciuti; nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto che dovesse essere stato stipulato, medio tempore, tra Azienda Zero ed Eurosets s.r.l. relativamente al lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) e il risarcimento del danno subito.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Tecnohealth S.r.l. il 22/3/2021:

in via principale: per l'annullamento previa sospensione cautelare degli effetti o comunque previa adozione di idonee misure cautelari:

A) della deliberazione del Commissario n. 63 del 29 gennaio 2021 di Azienda Zero, comunicata con nota prot. 2534 del 1° febbraio 2021, avente ad oggetto “Gara d'appalto mediante procedura aperta telematica per la fornitura di Kit per circolazione extracorporea in fabbisogno alle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, 2^ procedura per lotti deserti, indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22/07/2020 e successiva rettifica n. 533 del 21/09/2020. Aggiudicazione” e relativi allegati nella parte in cui è stato aggiudicato a Eurosets s.r.l. il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) della su indicata procedura aperta telematica e comunque non si è proceduto all'esclusione di Eurosets s.r.l. da quel lotto;

B) del Disciplinare di gara approvato con delibera del Direttore Generale dell'Azienda Zero n. 533/2020 (e della delibera del 21 settembre 2020 n. 533 del Direttore Generale dell'Azienda Zero che ha approvato il Disciplinare) nella parte in cui è stata introdotta anche la formula matematica “concava alla migliore offerta (interdipendente) non lineare con $\alpha < 1$ ”, di cui all'articolo 16, comma 3, nonché nella parte in cui è stata introdotta la previsione dell'articolo 19, ultimo capoverso, ultimo punto, ove interpretato come ostativo alla presentazione di offerte in aumento all'importo fissato a base d'asta per il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”);

C) del Disciplinare di gara approvato con delibera del Direttore Generale dell'Azienda Zero n. 415/2020 (e della delibera del Direttore Generale dell'Azienda Zero in data 22 luglio 2020 n. 415 che ha approvato il Disciplinare) nella parte in cui è stata introdotta anche la formula matematica “concava alla migliore offerta (interdipendente) non lineare con $\alpha < 1$ ” di cui all'articolo 16, comma 3, nonché nella parte in cui è stata introdotta la previsione dell'articolo 19, ultimo capoverso, ultimo punto, ove interpretato come ostativo alla presentazione di offerte in aumento all'importo fissato a base d'asta per il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”);

D) della comunicazione di Azienda Zero prot. n. 2534 del 1° febbraio 2021, avente ad oggetto “Procedura aperta telematica per la fornitura di Kit per circolazione extracorporea in fabbisogno alle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, 2^ procedura per lotti deserti, per la durata di 3 anni, con opzione di proroga per ulteriori 6 mesi, suddivisa in 11 lotti funzionali, indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22/07/2020 e successiva rettifica n. 533 del 21/09/2020. Comunicazione esito gara”;

E) dei verbali della Commissione giudicatrice, nonché degli allegati ai medesimi, di data 12 gennaio 2021 e 18 gennaio 2021, 1° e 2° seduta, nonché di tutti gli ulteriori verbali, anche quelli allo stato non ancora conosciuti, ivi compreso il verbale della seduta riservata del 1° ottobre 2020 (allo stato non conosciuto), il verbale del RUP del 27 gennaio 2021 (allo stato non conosciuto);

tutti nella parte in cui è stato aggiudicato il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) a Eurosets s.r.l. e comunque non si è proceduto all'esclusione di Eurosets s.r.l. da quel lotto;

nonché di tutti gli altri atti e comunicazioni presupposti, connessi o conseguenti, anche non conosciuti;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto d'appalto che dovesse essere stato stipulato, medio tempore, tra Azienda Zero ed Eurosets s.r.l. in relazione al lotto n. 10 (“Sistema

ECMO/ECLS 14 gg’)

e, in ogni caso, per la condanna

di Azienda Zero al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara a Tecnohealth s.r.l. e conseguente stipulazione del contratto per il lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg’”) ovvero subentro dell'odierna esponente nel contratto di appalto laddove medio tempore stipulato, ovvero, in subordine, per equivalente;

e in via subordinata:

per l'annullamento previa sospensione cautelare degli effetti o comunque previa adozione di idonee misure cautelari, degli atti relativi all'intera procedura aperta telematica “per la fornitura di Kit per circolazione extracorporea in fabbisogno alle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto, 2^a procedura per lotti deserti, indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22/07/2020 e successiva rettifica n. 533 del 21/09/2020” relativamente al al lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg’”) e in particolare:

- * della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 415 del 22 luglio 2020;
- * della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 533 del 21 settembre 2020;
- * del bando di gara e di tutti gli altri atti di gara, approvati con deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 415/2020 sub “Allegato A” e “Allegato B” (estratto);
- * del disciplinare di gara, approvato alla deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 415/2020 sub “Allegato C”;
- * del disciplinare di gara rettificato, approvato con deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 533/2020;
- * di tutti gli allegati al Disciplinare di gara: allegato C.1 – Fac simile DGUE, allegato C.2 – Fac simile dichiarazione sostitutiva, allegato C.3 –Modello offerta economica, allegato C.4 – Modello offerta tecnica, allegato C.5 –

Capitolato tecnico e suoi allegati, allegato C.6 – Criteri di valutazione, allegato C.7 – Capitolato d'oneri, allegato C.8 – Campionatura, allegato C.9 – Informativa Privacy, allegato C.10 – Modello di giustificazioni offerta economica;

* della deliberazione del Direttore Generale di Azienda Zero n. 665 del 9 novembre 2020 con la quale è stata disposta la nomina della Commissione giudicatrice;

* di tutti i verbali della Commissione giudicatrice e degli altri verbali, anche quelli allo stato non ancora conosciuti;

* del verbale della seduta riservata del 1° ottobre 2020, allo stato non conosciuto;

* del verbale del RUP del 27 gennaio 2021, allo stato non conosciuto;

nonché di tutti gli altri atti e comunicazioni presupposti, connessi o conseguenti, anche non conosciuti;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto che dovesse essere stato stipulato, medio tempore, tra Azienda Zero ed Eurosets s.r.l. relativamente al lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) e il risarcimento del danno subito.

per insistere

anche sulla base dei presenti motivi aggiunti di ricorso, per l'accoglimento domande di cui sopra formulate in via principale e in via subordinata nel ricorso introduttivo, previa sospensione cautelare degli effetti o comunque previa adozione di idonee misure cautelari.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Eurosets S.r.l. il 7/4/2021:

per l'annullamento

- della Deliberazione del Commissario dell'Azienda Zero della Regione Veneto, n. 63 del 29.1.2021, portante l'aggiudicazione definitiva a favore di Eurosets S.r.l. del Lotto 10 della “Gara d'appalto mediante procedura aperta telematica per la fornitura di Kit per circolazione extracorporea in fabbisogno

alle Aziende Sanitarie della Regione Veneto”, 2^a procedura per lotti deserti, indetta con Deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22.7.2020 e successiva rettifica n. 533 del 21.9.2020”, nella parte in cui, recependo le risultanze dell'attività valutativa svolta dalla Commissione giudicatrice:

(i) ha ratificato e fatto proprio il punteggio tecnico di zero (0) punti attribuito dalla Commissione di gara all'offerta formulata da Eurosets per il predetto Lotto 10, relativamente al criterio di valutazione rappresentato dalla “Disponibilità di certificazioni per il trasporto extra-ospedaliero (es. terrestre, aereo, elicottero) - max 10 punti”;

(ii) ha mancato di escludere, sempre relativamente al predetto Lotto 10, l'offerta formulata da Tecnohealth S.r.l., malgrado quest'ultima abbia omesso di produrre, a corredo della propria offerta tecnica, la certificazione relativa alla trasportabilità extra-ospedaliera del sistema offerto;

- di tutti i verbali delle operazioni concorsuali, unitamente ai relativi allegati, e segnatamente dei verbali delle sedute riservate della Commissione giudicatrice del 12.1.2021 e del 18.1.2021, sia nella parte in cui il predetto Organo ha attribuito all'offerta formulata da Eurosets S.r.l. per il Lotto 10 il punteggio tecnico - qualitativo di zero (0) punti per il criterio di valutazione rappresentato dalla “Disponibilità di certificazioni per il trasporto extra-ospedaliero (es. terrestre, aereo, elicottero) - max 10 punti”; sia nella parte in cui il predetto Organo tecnico non ha disposto l'esclusione dell'offerta tecnica presentata da Tecnohealth S.r.l. per il Lotto 10, per mancata allegazione della certificazione attestante la trasportabilità extra-ospedaliera del sistema offerto;

- di ogni altro atto e provvedimento ad essi presupposti, conseguenti o connessi, anche non cognitivi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Zero e di Eurosets S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021, tenutasi ai sensi del combinato disposto degli artt. 25, comma 1, d.l. n. 137 del 2020 e 4, d.l. n.

28 del 2020, il dott. Paolo Nasini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con deliberazione del Direttore Generale n. 415 del 22 luglio 2020, Azienda Zero ha indetto una procedura aperta telematica ai sensi degli artt. 59 e 60, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per la fornitura di kit di circolazione extracorporea in fabbisogno alle Aziende sanitarie della Regione Veneto, indicando, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con attribuzione di 70 punti al fattore qualità e 30 punti all'elemento prezzo), e suddivisa in 11 lotti funzionali (individuati su base qualitativo-merceologica) aggiudicabili separatamente.

In particolare, con riferimento al lotto n. 10 ("Sistema ECMO/ECLS 14 gg", con un prezzo a base d'asta pari a Euro 360.000,00), risultano aver partecipato Tecnohealth s.r.l. (d'ora in poi, "Tecnohealth") ed Eurosets s.r.l. (d'ora in poi "Eurosets").

Successivamente, con deliberazione del Direttore Generale n. 533 del 21 settembre 2020, Azienda Zero ha proceduto "alla rettifica del valore dell'appalto, dovuto a mero errore materiale nella determinazione di fabbisogni", approvando nuovamente il disciplinare di gara (allegato C alla deliberazione di indizione) il quale ha ammesso espressamente offerte economiche superiori alla base d'asta e, al fine della valutazione dell'offerta economica, ha previsto l'applicazione alternativa di due formule matematiche. In particolare, il disciplinare ha previsto che l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo (sempre entro il punteggio massimo di 30 punti) avrebbe dovuto avvenire con la "formula non lineare", ma <<nel caso in cui sia presente anche una sola offerta di importo superiore alla base d'asta>>, la formula applicabile avrebbe dovuto essere quella "inversamente proporzionale".

Sotto il profilo qualitativo l'offerta di Tecnohealth ha ottenuto 50 punti qualità, riparametrati in 70 punti; Eurosets ha invece ottenuto 44,50 punti

qualità, riparametrati in 62,30 punti.

Per quanto riguarda l'offerta economica, invece, Tecnohealth ha indicato un prezzo pari alla base d'asta (Euro 360.000,00), conseguendo il punteggio di "0": ciò in quanto Eurosets ha presentato un offerta al ribasso del 25%, indicando il prezzo di Euro 270.000,00.

Quanto sopra in conseguenza dell'applicazione, da parte della stazione appaltante, della c.d. "formula non lineare" ("concava alla migliore offerta (interdipendente) non lineare con $\alpha < 1$ "), sopra citata.

Pertanto, Eurosets con 92,30 punti, a fronte dei 70 di Tecnohealth, è risultata aggiudicataria dell'appalto in esame.

Avverso gli atti e i provvedimenti indicati in epigrafe, pertanto, parte ricorrente ha proposto impugnazione, con ricorso depositato in data 17 marzo 2021, chiedendone l'annullamento sulla scorta dei seguenti motivi:

1. In via principale: il punteggio attribuito all'offerta della ricorrente e relativo alla <<disponibilità di certificazioni per trasporto extraospedaliero (es. terrestre, aereo, elicottero)>>, pari a "0" sarebbe viziato essendo erronea, secondo parte ricorrente, la motivazione adottata dalla Commissione per cui era <<stata rinvenuta la certificazione della sola piastra di supporto per trasporto terrestre>> e non quella relativa alla "Consolle": parte ricorrente asserisce, infatti, che essendo la trasportabilità garantita dalla piastra di fissaggio/supporto (pacificamente munita di certificazione) ciò sarebbe sufficiente, non rilevando la certificazione di trasportabilità della "consolle", il che avrebbe determinato una riduzione del punteggio di Eurosets relativamente alla valutazione qualitativa dell'offerta tecnica da 62,3 punti a 51,9;

2. Ancora in via principale, parte ricorrente, facendo riserva di motivi aggiunti, ha censurato, da un lato, il fatto che Eurosets abbia prodotto la certificazione CE sulla trasportabilità del suo macchinario solo dopo la presentazione della domanda; dall'altro lato, che i prodotti offerti dalla controinteressata, più in generale, mancherebbero delle dichiarazioni

attestanti la conformità dei prodotti offerti in relazione alle norme per la sicurezza dei prodotti, nonché la conformità alle norme sulla marchiatura di conformità CE; più precisamente, quindi, la ricorrente lamenta che Eurosets, entro il termine di scadenza del bando (30 settembre 2020), non abbia prodotto in sede di offerta la documentazione richiesta dai punti 5 e 6 del disciplinare di gara; pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, Eurosets avrebbe dovuto essere esclusa per mancanza di elementi essenziali dell'offerta tecnica;

3. Ancora in via principale, secondo parte ricorrente, gli atti e provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi in quanto, avendo la stazione appaltante previsto come criterio quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e avendo ritenuto ammissibili anche offerte superiori alla base d'asta, tale superamento espressamente non determinando l'esclusione dalla gara, ma solo la riserva, da parte della stazione appaltante medesima, di valutazione della convenienza dell'offerta ai sensi per gli effetti di cui all'art. 95, comma 12, d. lgs. n. 50 del 2016, la formula matematica da applicare avrebbe dovuto essere univoca e predeterminabile "a monte", mentre, come accennato, in modo asseritamente irragionevole, nel caso di specie sono state previste due diverse modalità di calcolo del punteggio da attribuire all'elemento economico, mediante l'applicazione di due diverse formule a seconda della presenza o meno di offerte al rialzo; secondo parte ricorrente, poiché nella gara in esame non vi sono state offerte al rialzo l'unica formula applicabile avrebbe dovuto essere la formula inversamente proporzionale e non quella lineare, l'utilizzazione di tale ultimo metodo risultando illogico e irrazionale in quanto la ricorrente, ove avesse indicato come prezzo d'offerta, anziché Euro 360.000,00, un importo superiore anche solo per un centesimo [Euro 360.000,01], avrebbe necessariamente conseguito un punteggio pari a $[30 \times (270.000 : 360.000,01) =] 22,49$ punti; pertanto, andrebbe preferita un'interpretazione e un'applicazione della *lex specialis* di gara che renda operativa la formula inversamente proporzionale anche per il caso di

un'offerta non in ribasso rispetto alla base d'asta quale quella [Euro 360.000,00] presentata dalla ricorrente, trattandosi dell'unica metodica applicabile, astrattamente, a qualsivoglia tipologia di offerta, tanto al ribasso, quanto al rialzo;

4. in via subordinata, nel caso cioè non fosse possibile applicare in via diretta ed esclusiva la formula “inversamente proporzionale”, secondo parte ricorrente dovrebbe essere annullato il bando e, conseguentemente, l'intera gara, per avere la Stazione appaltante previsto, in modo asseritamente irragionevole e illogico, due criteri di valutazione delle offerte economiche da applicare in via alternativa tra loro, con la conseguenza che in concreto possono venire a determinarsi opposti risultati finali anche a fronte di una minima differenza economica (ad es formulando l'offerta di un solo euro superiore alla base d'asta).

Parte ricorrente ha chiesto, altresì, la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione del lotto n. 10 (“Sistema ECMO/ECLS 14 gg”) a Tecnohealth s.r.l. e conseguente stipulazione del contratto ovvero subentro dell'odierna esponente nel contratto di appalto laddove *medio tempore* stipulato; in subordine, ha chiesto la condanna al risarcimento del danno per equivalente, per l'importo determinato in corso di causa, quantificato, al momento della domanda, in una misura non inferiore a Euro 36.000,00 ovvero, comunque, nella somma maggiore o minore risultante in corso di causa, oltre a interessi e rivalutazione monetaria.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 22 marzo 2021, la società ricorrente ha dedotto le seguenti ulteriori contestazioni, censurando, in particolare, la mancata esclusione della controinteressata:

1a. secondo parte ricorrente, la fornitura offerta da Eurosets non sarebbe conforme alle disposizioni del Capitolato di gara, non essendo stata prevista, in particolare, una apparecchiatura di noleggio di “*back-up*” in grado di sostituire integralmente le apparecchiature principali, cioè “ulteriore” rispetto

all'apparecchiatura in noleggio "principale", essendosi la controinteressata limitata ad offrire una apparecchiatura principale e una di *back up* inserita, però, nel medesimo "apparecchio"; secondo parte ricorrente, Eurosets non avrebbe fornito un'apparecchiatura di "riserva", ma solo un "sistema di *back up*", che non consentirebbe di ovviare ad ogni possibile ipotesi di funzionamento dell'apparecchiatura principale; pertanto, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta carente di un elemento essenziale;

2a. la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa, altresì, in quanto l'offerta sarebbe carente della certificazione per il trasporto extraospedaliero del sistema EMO, in violazione dell'art. 16.1 del disciplinare di gara, essendo la stessa stata presentata solo in sede di chiarimenti e tenuto conto del fatto che mentre l'art. 14.2 del disciplinare imponeva di allegare, quantomeno, un "esplicito impegno" di disporre di tale certificazione alla stipula del contratto, nel caso di specie Eurosets non avrebbe dimostrato di aver esplicitamente manifestato tale impegno.

Si sono costituiti in giudizio Azienda Zero ed Eurosets contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Eurosets, inoltre, ha depositato, in data 7 aprile 2021, ricorso incidentale con il quale ha chiesto l'annullamento degli atti e dei provvedimenti di gara indicati in epigrafe, contestando, in via principale, l'attribuzione alla propria offerta tecnica del punteggio massimo previsto dalla *lex* di gara per il criterio di valutazione qualitativa costituito dalla "Disponibilità di certificazioni per il trasporto extra-ospedaliero (es. terrestre, aereo, elicottero) - max 10 punti"; in via subordinata e condizionatamente all'accoglimento del secondo motivo aggiunto dedotto da Tecnohealth, Eurosets ha censurato la mancata esclusione dalla gara dell'offerta dalla stessa presentata, in ragione del fatto che il sistema offerto risulta privo della certificazione di conformità per la trasportabilità extra-ospedaliera;

In particolare, la controinteressata ha dedotto i seguenti motivi di impugnazione:

1b. la Commissione avrebbe irragionevolmente attribuito punteggio “0” all’offerta tecnica di Eurosets in relazione alla <<disponibilità di certificazioni per trasporto extraospedaliero...>>, posto che la controinteressata aveva prodotto la suddetta certificazione richiesta, ancorché a seguito di chiarimento tecnico da parte della Commissione, in tempo comunque utile per la valutazione qualitativa; secondo la controinteressata, quindi, se la Commissione avesse valutato correttamente tale dato il punteggio non sarebbe stato “0”, ma “10” il che porterebbe in ogni caso Eurosets a sopravanzare la ricorrente nel punteggio finale;

2b. in via subordinata, solo nel caso di ritenuta accoglibilità del secondo motivo di ricorso per motivi aggiunti, Tecnohealth avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara non avendo presentato la certificazione della trasportabilità extraospedaliera del sistema offerto, considerato dalla *lex* di gara requisito premiale, ma, come tale, anche requisito “di minima”, quindi, a pena di esclusione;

Le parti hanno depositato memorie difensive.

All’esito dell’udienza del 14 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione e viene decisa con sentenza in forma semplificata sussistendone i presupposti.

1. Sul ricorso principale e i motivi aggiunti.

1.1. Sul primo e secondo motivo di ricorso principale, nonché sul secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti e sui motivi di ricorso incidentale.

L’art. 14.2 del disciplinare di gara prevedeva che il concorrente dovesse <<inserire a Sistema, nell’apposito campo “Documentazione Tecnica 1”, in una cartella compressa (non firmata digitalmente) in formato elettronico .zip ovvero .rar ovvero .7z ovvero equivalenti software di compressione dati, tutti i documenti di seguito elencati>>.

Tra questi vengono in rilievo, nella causa in oggetto:

- <<5. Dichiarazione attestante la conformità alle norme EN generali e particolari per la sicurezza dei sistemi offerti (ove applicabile) e dichiarazione di conformità alle direttive e normative specifiche di settore ovvero riportate negli atti di gara. La Dichiarazione dovrà, inoltre, attestare che i prodotti offerti recano una marchiatura di conformità CE e soddisfano i requisiti essenziali prescritti dalle Direttive Comunitarie (produrre copia della specifica certificazione CE)>>;

- <<6. copia conforme all'originale della certificazione attestante classe di rischio di ogni dispositivo e la conformità di tutti i prodotti alla Direttiva CEE 93/42 relativa alla marcatura CE, come modificata dalla Direttiva 2007/47/CE; recepita con D.lgs. 46/97 e s.m.i.. In particolare, considerato che, come previsto dall'art. 16 d.lgs. n. 46/1997, "i dispositivi, ad esclusione di quelli su misura e di quelli destinati ad indagini cliniche, che soddisfano i requisiti dell'art. 3, devono recare al momento dell'immissione in commercio la marchiatura di conformità CE", tenuto conto dell'interpretazione giurisprudenziale di tale disposizione (si veda Cons. Stato, Sez. III, n. 3145/2015) la ditta potrà presentare offerta anche se non ancora in possesso di "marchiatura CE" purché allegghi esplicito impegno di disporre di tale certificazione alla stipula del contratto: in caso di inadempimento non si procederà alla stipula del contratto, con ogni conseguenza di legge (in particolare, escussione della cauzione provvisoria)>>.

La disposizione, poi, prosegue precisando che <<la carenza sostanziale della documentazione tecnica presentata, che non consenta la verifica di idoneità tecnica dei beni proposti – per tale intendendosi il possesso da parte degli stessi delle specifiche tecniche indispensabili richieste per l'accesso alla procedura, rilevata motivatamente dalla Commissione giudicatrice, comporterà l'esclusione dalla gara. La Commissione giudicatrice, nel corso dell'esame tecnico-qualitativo delle offerte potrà invitare i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine ai documenti ed alle dichiarazioni presentate con la documentazione tecnica>>.

L'art. 15 del disciplinare, poi, relativa al soccorso istruttorio, precisa che:

- <<la mancata presentazione di dichiarazioni e/o elementi a corredo dell'offerta, che hanno rilevanza in fase esecutiva (es. dichiarazione delle parti del servizio/fornitura ai sensi dell'art. 48, comma 4 del Codice) sono sanabili>>;

- <<la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (quali, a titolo esemplificativo, garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (quali, a titolo di esempio, mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta>>.

Con riguardo alla <<disponibilità di certificazioni per trasporto extra-ospedaliero>>, alla luce di quanto sopra esposto, quindi, va rilevato che si tratta di elemento documentale che, pur essendo collegato all'offerta tecnica, non costituisce un requisito essenziale della stessa a pena di esclusione dalla gara, ma integra un requisito "di esecuzione" dell'appalto (che deve sussistere, quindi, al momento della stipula del contratto con l'impresa appaltatrice) che in sede di procedura ad evidenza pubblica assume rilievo solo a fini "premiali", cioè per l'attribuzione di un punteggio nella valutazione dell'offerta: la tempestiva e corretta allegazione della documentazione certificativa al momento della presentazione della domanda, cioè, non rileva ai fini della valida ammissione alla gara, ma solo ai fini del punteggio da attribuire all'offerta sul piano qualitativo.

Quindi, la mancata produzione integrale della documentazione che precede, tanto in sede di offerta che anche a seguito degli eventuali chiarimenti richiesti dalla Commissione, non avrebbe, comunque, potuto condurre all'esclusione della ricorrente o della controinteressata.

Pertanto, le censure sollevate da entrambe le parti, sotto questo profilo, sono infondate.

Neppure è fondata la contestazione sollevata dalla ricorrente secondo la quale la stessa non avrebbe formalmente assunto “l’impegno” richiesto dall’art. 14.2 del disciplinare, atteso che dalla documentazione in atti Eurosets risulta aver ancora più precisamente dato conto alla Stazione appaltante di aver <<effettuato in data 18/09/2020 la sottomissione all’ente notificatore TUV per la trasportabilità extraospedaliera su gomma (autoambulanza) del sistema ECMOLIFE tramite *change notification* (Application N. 32) per la marcatura CE con ampliamento delle indicazioni d’uso>>.

Tale indicazione, si ritiene, possa integrare l’impegno da parte della controinteressata di disporre della certificazione al momento della stipula del contratto.

Venendo, quindi, alla valutazione operata dalla Commissione con riguardo alla documentazione presentata da entrambe le parti, che, peraltro, si è risolta nell’attribuzione del medesimo punteggio-giudizio (“0” – assolutamente inadeguato), occorre ricostruire la dinamica dell’attività istruttoria e valutativa della Commissione.

Dagli atti e dalle difese delle parti, infatti, risulta che la Commissione abbia richiesto, in sede di chiarimenti istruttori, come indicato dall’art. 14.2 del disciplinare, a Eurosets di puntualizzare se si fosse concluso l’iter di approvazione della trasportabilità extraospedaliera al fine di ottenere la certificazione CE; a Tecnohealth di specificare dove si evincesse, all’interno della documentazione tecnica prodotta in sede di gara la dichiarazione di trasportabilità extra-ospedaliera del sistema <<essendo stata rinvenuta la certificazione della sola piastra di supporto per trasporto terrestre>>, non, cioè, dell’intero sistema.

In risposta ai chiarimenti, Eurosets ha allegato la c.d. “*change notification*” approvata dall’Ente regolatorio, mentre Tecnohealth ha fatto riferimento alla propria relazione nella parte in cui veniva dato conto della “trasportabilità extra-ospedaliera” della xenios consolle offerta.

Come detto, in relazione ad entrambe le offerte la Commissione ha valutato “assolutamente inadeguato”, con punteggio “0” il parametro relativo alla disponibilità di certificazioni per trasporto extra-ospedaliero.

Con riguardo a Tecnohealth, in quanto la documentazione offerta <<certifica solo la piastra di supporto trasporto terrestre, aereo, elicottero>>; mentre, con riferimento a Eurosets in quanto la certificazione è stata prodotta solo in fase di chiarimento tecnico.

Entrambe le valutazioni appaiono prive di elementi di illogicità o irragionevolezza, né risulta che la Commissione abbia travisato gli elementi di fatto e tecnici oggetto di valutazione.

Infatti, ciò che chiaramente avrebbe dovuto essere oggetto di certificazione (anche ai fini della sola attribuzione del punteggio) è l'intero sistema ECMO, comprensivo anche della consolle, e non solo la piastra di supporto. In termini generali, infatti, la certificazione di trasportabilità di quest'ultima non esclude che possano sussistere dei limiti alla trasportabilità della “consolle” ancorchè questa poi venga fissata alla “piastra”: tutti gli elementi da “trasportare” in tal senso, avrebbero dovuto essere muniti di specifica certificazione.

Tale omissione, quindi, seppure non determina l'esclusione del concorrente, per le ragioni sopra esposte, ha impedito alla Commissione di attribuire una valutazione positiva ai fini del punteggio qualitativo.

Per ciò che concerne Eurosets, invece, sebbene la tardiva produzione della certificazione non pregiudicasse la partecipazione della controinteressata alla gara, d'altro canto non poteva consentire alla Commissione, che pure ha ritenuto di dover richiedere chiarimenti ad Eurosets al riguardo, di tenerne conto ai fini della valutazione qualitativa dell'offerta.

Infondata, poi, è la censura di Tecnohealth relativa all'asserita mancanza, nell'offerta presentata da Eurosets, della dichiarazione attestante la conformità dei prodotti offerti in relazione alle norme per la sicurezza dei prodotti, nonché la conformità dei prodotti offerti alle norme sulla

marchiatura di conformità CE e sul possesso dei requisiti essenziali prescritti dalle Direttive comunitarie, come richiesto espressamente dal Disciplinare di gara.

Parte controinteressata, infatti, ha prodotto in giudizio le dichiarazioni e i certificati allegati alla domanda di partecipazione, conformi a quanto sopra indicato.

Pertanto tutti i motivi e le censure sopra esaminati, dedotti da parte ricorrente e da parte controinteressata devono essere respinti.

1.2. Sul terzo e quarto (in via subordinata) motivo di ricorso principale.

L'art. 16.3 del disciplinare di gara, recante “metodo di attribuzione del punteggio dell'offerta economica” prevede che <<quanto all'offerta economica, è attribuito all'elemento economico il punteggio derivante dall'utilizzo della formula denominata “concava alla migliore offerta (interdipendente) non lineare con $\alpha < 1$ ” o, anche detta “Non lineare”.

La disposizione, d'altronde, prevedeva altresì che nel caso in cui sia presente anche una sola offerta di importo superiore alla base d'asta, tutte le offerte economiche del lotto di riferimento saranno valutate mediante utilizzo della formula “inversamente proporzionale”.

Preliminarmente, occorre rilevare che la sollevata eccezione di inammissibilità delle censure relative alla previsione della *lex specialis* che precede, in quanto parte ricorrente avrebbe dovuto impugnare quest'ultima direttamente e tempestivamente, deve essere respinta, trattandosi di clausola non immediatamente lesiva secondo l'insegnamento del C. Stato A.P., n. 4 del 2018 e n. 1 del 2003.

Parimenti infondata è l'eccezione di asserito difetto di interesse di parte ricorrente a sollevare le contestazioni dedotte in ricorso in merito all'asserita illegittimità della clausola che precede ovvero anche solo dell'interpretazione e applicazione fattane dalla Commissione: infatti, la società ricorrente, per un verso, ha dato conto del fatto che l'eventuale applicazione della formula inversamente proporzionale avrebbe potuto comportare l'aggiudicazione in

suo favore della gara; per altro verso, ha comunque fatto valere un interesse strumentale all'eventuale rinnovazione della gara, nel caso di annullamento dell'intera procedura.

Venendo al merito delle contestazioni sollevate da parte ricorrente, sia in via principale che subordinata, il Collegio ritiene, in primo luogo, che non vi sia la possibilità di accogliere la soluzione ermeneutica che la ricorrente ha inteso proporre, ovvero di interpretare la suddetta disposizione nel senso che, in ogni caso, la Commissione avrebbe dovuto applicare la formula "inversamente proporzionale" in quanto l'unico, tra i due criteri indicati nel disciplinare, ragionevolmente e logicamente idoneo ad essere utilizzato a prescindere dalla tipologia di offerte presentate dalle imprese concorrenti (cioè al rialzo o al ribasso o pari al prezzo "base").

La previsione testuale del bando, infatti, è chiarissima nel precisare e predeterminare in modo stringente il rapporto di stretta alternatività – non suscettibile, cioè, di una valutazione discrezionale *ex post* da parte della Commissione - sotto il profilo applicativo delle due formule in questione, individuando come elemento discriminante la presenza di almeno un'offerta "al rialzo".

È, invero, *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo il quale la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima (C. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322; C. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148).

E' noto, altresì, che, con riguardo all'interpretazione del bando e della *lex specialis*, <<quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del

futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti>> (C. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322).

Nel caso di specie, pertanto, essendo pacifica la mancanza di offerte “al rialzo”, la Commissione ha correttamente applicato la “formula lineare”, in nessun caso potendo interpretare “in senso facoltativo” la disposizione in esame e, quindi, applicare, quale criterio di valutazione, la formula inversamente proporzionale.

Ciò che occorre valutare, quindi, è se, da un lato, la formula lineare sia legittimamente utilizzabile in quanto sistema ragionevole e logico per valutare le ipotesi di offerte al ribasso o, comunque, non al rialzo, e, dall'altro lato, se sia legittima una *lex specialis* che, come nel caso di specie, preveda due criteri perfettamente alternativi essendo predeterminati gli ambiti applicativi di ciascuna formula.

Sotto il primo profilo, va rilevato come la “formula lineare” sia stata ritenuta legittima dalla giurisprudenza, anche di questo TAR.

Infatti, C. Stato, sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4413 ha sottolineato come <<il criterio dell'interpolazione lineare ... non è, in sé, illegittimo.. In disparte il fatto che la scelta dell'Amministrazione circa le modalità di attribuzione del punteggio all'offerta economica, quale manifestazione di ampia discrezionalità, è sindacabile in sede giurisdizionale solo ab externo per manifesta illogicità, il Collegio rileva che il criterio in questione mira a premiare in maniera decisa e significativa il ribasso: come tale, la relativa adozione costituisce una legittima facoltà per le Amministrazioni che, nell'ambito della propria attività contrattuale, intendano privilegiare in primis, sin dall'indizione del bando, il contenimento dei costi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733)>>.

Come rilevato da questo TAR, <<l'art. 95, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 e le Linee guida ANAC n. 2 esprimono un chiaro favor per la valorizzazione del profilo qualitativo delle offerte (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026) e deve ritenersi legittimo un criterio di valutazione delle offerte che attribuisca importanza centrale alle componenti qualitative (Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7389; Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6639); il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tuttavia non può prescindere dal prezzo: l'interesse al pregio qualitativo dell'offerta deve essere bilanciato con il necessario interesse al risparmio di spesa dell'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081); nell'assegnazione dei punteggi è necessario che venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, attribuendo il punteggio minimo pari a zero all'offerta che non presenta sconti rispetto al prezzo a base di gara, ed il punteggio massimo, all'offerta che presenta lo sconto maggiore, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2012, n. 1899; Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3802; Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 856; Sez. V, 22 marzo 2016, n. 1186; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 16 aprile

2020, n. 237; ANAC, Linee Guida n. 2 del 21 settembre 2016)>> (TAR Veneto, sez. I, 29/12/2020, n. 1323).

Sotto il secondo profilo, il Collegio ritiene non vi siano norme o principi che impediscano di prevedere, nell'ambito della medesima *lex specialis*, criteri di valutazione delle offerte economiche applicabili alternativamente, qualora, come nel caso di specie, siano puntualmente predeterminati e chiaramente distinti gli ambiti applicativi di ciascuno di essi.

In tal senso, si richiama l'insegnamento per cui le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; 18 febbraio 2013, n. 978) e su tali scelte il sindacato del giudice è ammissibile unicamente nei casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità (T.A.R. Lazio, sez. II *Bis*, 1 agosto 2019, n. 10229; T.A.R. Veneto, sez. III, 27 giugno 2016, n. 689; T.A.R. Lombardia, sez. I, 9 marzo 2016, n. 461);

Costituisce *ius receptum* che, nelle gare pubbliche, la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità e di conseguenza la stazione appaltante dispone di ampi margini nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche nella individuazione delle formule matematiche, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale nei confronti di tali scelte, tipica espressione di discrezionalità tecnico amministrativa, può essere consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità (C. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018 n. 6026; sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978; 27 giugno 2012, n. 3781; 22 marzo 2012, n. 1640; 1 marzo 2012, n. 1195; 18 ottobre 2011, n. 5583; sez. III, 22 novembre 2011, n. 6146; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 175).

Nel caso di specie, la previsione di due criteri alternativi tra loro, ben distinti quanto a presupposti e ambiti applicativi, non presenta, a giudizio del

Collegio, quel carattere di abnormità, sviamento o manifesta illogicità che solo ne giustificerebbe l'annullamento.

In particolare, il Collegio ritiene non fondata la doglianza di parte ricorrente secondo la quale una tale previsione determina una situazione di imprevedibilità e incertezza che impedirebbe alla concorrente di ponderare adeguatamente la propria "linea" di partecipazione alla gara con riguardo al "confezionamento" dell'offerta economica.

In tutte le gare, infatti, qualunque sia il criterio previsto per la valutazione delle offerte economiche, per le imprese concorrenti sussiste una sorta di "alea" o "incertezza" legata all'imprevedibilità delle scelte altrui, per la mancata conoscenza, cioè, del contenuto delle offerte degli altri "*competitors*".

In questo senso, quindi, secondo il Collegio, il doppio criterio alternativo censurato da parte ricorrente non risulta aggravare la suddetta alea o incertezza in modo da rendere lo stesso manifestamente irragionevole, illogico o comunque ingiustificato, tanto più che con esso la Stazione appaltante ha inteso "controbilanciare" l'apertura della gara ad offerte al rialzo.

Al contrario, il sistema consentiva a ciascun concorrente, in modo egualitario, di decidere liberamente se "rischiare" facendo un'offerta al ribasso, esponendosi, però, all'eventuale maggior ribasso non anomalo di altro concorrente o alla scelta altrui di offrire al rialzo, ovvero "rischiare" determinando o concorrendo a determinare esso stesso l'applicazione della formula inversamente proporzionale.

Pertanto, parte ricorrente, se avesse ritenuto il criterio inversamente proporzionale maggiormente utile, o, comunque, maggiormente conforme alle peculiarità della propria struttura imprenditoriale e della propria offerta economica, in modo da avere maggiori *chance* di vittoria, avrebbe potuto presentare l'offerta al rialzo anche solo di 1 euro, al fine di determinare l'applicazione della suddetta formula.

La previsione alternativa in esame, al contrario, era idonea a garantire una più ampia partecipazione anche alle imprese che non fossero in grado di offrire un consistente ribasso, in tal caso potendo l'Amministrazione valorizzare un metodo – quello inversamente proporzionale - che consentisse di confrontare uniformemente le offerte di tutti gli operatori economici in modo che l'importo risultante da ogni singola offerta potesse costituire la base per l'attribuzione del punteggio prezzo.

Con la precisazione che, ad ulteriore controbilanciamento, il bando di gara aveva previsto la possibilità per la Stazione appaltante, in caso di superamento della base d'asta, di valutare, mediante apposita istruttoria, la convenienza dell'offerta ai sensi per gli effetti di cui all'art. 95, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016, anche in relazione ai prezzi correnti di mercato o a raffronti con altre condizioni tecnico-economiche di mercato, rilevati presso le aziende sanitarie del Veneto o altre stazioni appaltanti, e solamente in caso di esito positivo, provvederà ad aggiudicare la fornitura.

Non vi sono elementi per ritenere, quindi, al contrario di quanto lamentato da parte ricorrente, che il doppio criterio alternativo impedisse ai concorrenti di “calibrare” la propria offerta.

Né il fatto che l'applicazione del criterio inversamente proporzionale avrebbe potuto determinare una diversa conclusione della gara (con eventuale vittoria della ricorrente) può condurre a ritenere abnorme o illogica la soluzione adottata dalla Stazione appaltante.

Il Collegio ritiene, infatti, che la conseguenza sopra censurata trovi un'adeguata giustificazione nel tentativo, non abnorme, né illogico, né manifestamente irragionevole, da parte della Stazione appaltante, di bilanciare l'interesse ad un risparmio di spesa, pur nella garanzia di qualità dell'offerta – attraverso l'applicazione della formula lineare in prima battuta –, e quello – in seconda battuta e, in un certo senso, in via eccezionale - ad aggiudicare comunque la gara garantendo la più ampia partecipazione possibile,

“aprendo”, quindi, anche ad offerte al rialzo, ma, in tal caso, dovendo utilizzare un criterio quale la formula inversamente proporzionale che, come detto, consente di confrontare uniformemente le offerte di tutti gli operatori economici in modo che l'importo risultante da ogni singola offerta potesse costituire la base per l'attribuzione del punteggio prezzo.

Pertanto, anche i suddetti motivi devono essere respinti.

1.3 Sul primo motivo del ricorso per motivi aggiunti.

Il capitolato speciale, con riferimento al lotto 10 qui in oggetto prevedeva quanto segue: << sistema ECMO/ECLS 14 gg Circuito per ECMO-ECLS completo di pompa centrifuga, ossigenatore con fibre cave in polimetilpentene con scambiatore di calore integrato. Durata non inferiore ai 14 giorni del Kit completo. Completo di sistema ottimizzato per il trasporto intra/extra ospedaliero. APPARECCHIATURE IN NOLEGGIO: indicativamente massimo n° 2 console/driver complete di carrello, riscaldatore e gas blender + 2 console/driver per back-up complete di carrello. In riferimento alle apparecchiature richieste, il concorrente dovrà formulare offerta per il noleggio di n. 1 apparecchiatura, nella configurazione sopra richiesta. Sarà poi facoltà per le Aziende Sanitarie aderenti di avvalersi delle apparecchiature in noleggio, entro il numero massimo previsto, e, conseguentemente, affidare la fornitura dei circuiti in argomento unitamente al noleggio, salvo che l'apparecchiatura non sia già in proprietà dell'Azienda Sanitaria. In ogni caso, l'adesione delle Aziende Sanitarie alla fornitura con noleggio è condizionata alla valutazione della convenienza economica da parte delle stesse Aziende >>.

Come accennato, parte ricorrente lamenta che l'offerta presentata da Eurosets non risulterebbe conforme alla suddetta previsione non avendo la controinteressata offerto n. 1 apparecchiatura ECMO/ECLS in noleggio completa di carrello riscaldatore e gas blender + n. 1 apparecchiatura in noleggio di back up completa di carrello, ma un unico apparecchio nel quale

sarebbe semplicemente inserita una unità di *back-up*, inclusa nella console principale.

La censura non è fondata.

In primo luogo, va sottolineato come la previsione del capitolato speciale non preveda in modo chiaro e netto che fosse necessario offrire, a pena di esclusione, due apparecchiature separate quali n. 1 apparecchiatura ECMO/ECLS in noleggio completa di carrello riscaldatore e gas blender + n. 1 apparecchiatura in noleggio di *back up* completa di carrello.

La norma non prevede, cioè, in modo chiaro ed univoco, come oggetto minimo di fornitura, quanto indicato da parte ricorrente: a fronte dell'indicazione di un numero solo "indicativamente massimo" di <<n. 2 console/driver...>> + <<n. 2 console/drive per back up..>>, il successivo riferimento al noleggio di <<n. 1 apparecchiatura, nella configurazione sopra richiesta>> non è chiaramente ed univocamente riconducibile alla necessità, quale offerta minima a pena di esclusione, che siano fornite due unità fisicamente separate, di cui una di *back-up* indipendente.

La previsione della *lex specialis* di gara, quindi, non consente con sufficiente univocità di escludere l'offerta della controinteressata.

Del resto, è *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (C. Stato, sez. III, 09 dicembre 2020, n.7747 e sez. V, 09 marzo 2020, n. 1669).

Del resto, la soluzione tecnica offerta da Eurosets, alla luce della documentazione in atti, non irragionevolmente è stata considerata idonea a garantire la funzionalità di *back-up*, ovvero la possibilità di utilizzare uno

strumento funzionalmente indipendente rispetto alla consolle operativa difettosa.

Ciò in quanto, seppur inserito nella medesima macchina, dal punto di vista strutturale, l'unità di *back-up* risulta essere sostanzialmente autonoma rispetto all'apparecchiatura principale.

Per contro, le difese delle parti in causa hanno fatto emergere come entrambi i sistemi (doppia apparecchiatura indipendente "esterna" e doppia apparecchiatura indipendente "interna") presentino "pro e contro" (tra gli altri, la prima ponendo un problema di fisica trasportabilità e utilizzabilità, la seconda quello del possibile danneggiamento strutturale comune), il che, in mancanza di una puntuale e univoca previsione di bando, non consente di ritenere la soluzione indicata da parte ricorrente come l'unica concretamente "utile" e conforme alle disposizioni della *lex specialis*.

Pertanto, anche tale motivo di impugnazione deve essere respinto.

2. Alla luce di quanto sopra esposto, conseguentemente, il ricorso principale, quello per motivi aggiunti e il ricorso incidentale devono essere respinti.

Spese compensate, attesa la particolarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sui motivi aggiunti e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Alessio Falferi, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Paolo Nasini

Alessandra Farina

IL SEGRETARIO