

Publicato il 28/06/2023

N. 06306/2023REG.PROV.COLL.  
N. 09936/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9936 del 2022, proposto da Bayer S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Travi, Raffaella Chiummiento ed Elena Travi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Raffaella Chiummiento in Roma, via Salaria, 103,

*contro*

- Performance Hospital S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ida Maria Dentamaro e Giuseppe Campanile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- A.Li.Sa. – Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria e Regione Liguria, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Riccardo Maoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 1107/2022, resa tra le parti, concernente affidamento della “Fornitura di sistemi

*di iniezione peristaltici di mezzi di contrasto per procedure radiografiche tomografiche”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Performance Hospital S.r.l. e di A.Li.Sa. – Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria e Regione Liguria;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 25 maggio 2023, il Cons. Pierfrancesco Ungari e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sulla procedura aperta, ai sensi dell’art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l’affidamento della fornitura di iniettori di mezzi di contrasto a noleggio e relativo materiale di consumo occorrenti alle AA.SS.LL., EE.OO. e I.R.C.C.S. della Regione Liguria per un periodo di 60 mesi – lotto n. 4, relativo alla *“Fornitura di sistemi di iniezione peristaltici di mezzi di contrasto per procedure radiografiche tomografiche”*.

2. Con decreto dirigenziale n. 4075/2021, la Stazione Unica Appaltante Regionale della Regione Liguria, per conto dell’Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (A.Li.Sa.), ha aggiudicato il predetto lotto n. 4 a Bayer S.p.a., classificatasi prima (che ha ottenuto 58,642 punti per l’offerta tecnica, riparametrati a 70, ed un punteggio complessivo di 99,81), davanti a Performance Hospital S.r.l. (con 55,993 punti, riparametrati a 66,838, ed un punteggio complessivo di 96,84).

3. Performance Hospital S.r.l. (d’ora in poi, anche PH), ha impugnato detta aggiudicazione, lamentando:

- in via principale, che il prodotto offerto da Bayer - sistema di iniezione per TAC, con iniettore “a siringa” (Centargo) - non sarebbe conforme ai requisiti minimi previsti dalla *lex specialis* (a differenza di quello offerto dalla ricorrente, che ha l’iniettore CT Motion a pompa peristaltica della produttrice Ulrich

Medical) e sarebbe addirittura difforme dall'oggetto del lotto n. 4 (l'applicazione del principio di equivalenza non può tradursi in un'alterazione dell'oggetto della gara, e gli iniettori a siringa erano richiesti nel lotto n. 1);

- in subordine, che sarebbero stati illegittimamente attribuiti a Bayer 3 punti per il criterio di valutazione "*Presenza e funzionamento dell'interfaccia con i sistemi di diagnostica immagini*", posto che nella dichiarazione di offerta tecnica Bayer non ha indicato l'interfaccia Certegra "*Imaging Scanner Interface*" (I.S.I.), che, peraltro, per l'iniettore offerto, è un elemento meramente "opzionale", e non è stato neppure quantificato nell'offerta economica;

- che, inoltre, è illegittima l'attribuzione alla ricorrente del punteggio 0 per la voce "*Limite massimo di pressione programmabile espresso in psi*" (max 4 punti), a fronte di un limite dell'apparecchio offerto pari a 195,8 psi, comunque superiore alla base di gara (156,64).

4. Bayer ha proposto ricorso incidentale, affidato a due motivi:

- nell'offerta di PH manca un elemento richiesto a pena di esclusione dal capitolato (riscaldatore/mantenitore di calore del mezzo di contrasto), posto che per l'iniettore CT Motion di Ulrich la funzionalità connessa al riscaldatore/mantenitore di calore del mezzo di contrasto non sarebbe di serie, ma soltanto opzionale, ed il relativo dispositivo non sarebbe stato indicato nell'offerta tecnica ed economica;

- premesso che Bayer ha presentato in gara una relazione attestante l'equivalenza e la completa fungibilità, dal punto di vista tecnico e funzionale, dei due sistemi a siringa e per iniezione peristaltica, il capitolato violerebbe l'art. 68 del d.lgs. 50/2016, qualora dovesse intendersi nel senso della tassatività del modello peristaltico, e dovrebbe essere considerato nullo o comunque annullato.

5. Il TAR Liguria, con la sentenza appellata (I, n. 1071/2022):

- ha accolto il ricorso di PH, ritenendo fondato ed assorbente il primo motivo, comportante l'esclusione di Bayer per difformità del sistema offerto rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* (non superabile mediante

l'applicazione del principio di equivalenza, stante la univoca previsione del sistema a pompa peristaltica, motivata con riferimento alla destinazione d'uso);

- ha ritenuto irricevibile per tardività il ricorso incidentale di Bayer volto a censurare detta previsione, ritenendola immediatamente lesiva e comportante l'onere di immediata impugnazione.

La sentenza non ha esaminato il primo motivo (escludente) del ricorso incidentale.

6. La sentenza è appellata da Bayer.

6.1. Anzitutto contesta l'inapplicabilità al caso in esame del principio di equivalenza, e ribadisce la nullità, altrimenti, delle previsioni del capitolato (non considerata dal TAR). In sintesi:

- nella Relazione allegata all'offerta, Bayer aveva dato atto che gli iniettori automatici sono apparecchiature mediante cui si realizza la somministrazione di un determinato protocollo di iniezione, e che *“Il protocollo di iniezione può essere implementato con tecnologie differenti (peristaltica o a siringa), ma i parametri chiave (velocità di flusso, quantità e pressione di esercizio) impostati vengono garantiti in ugual modo in tutti gli iniettori presenti in commercio”*; aveva documentato che il sistema offerto era di carattere innovativo, nel panorama degli iniettori presenti sul mercato, perché era il primo sistema di iniezione a siringa ‘a tre vie’: univa pertanto la precisione degli iniettori a siringa e pistone alla flessibilità e convenienza d'uso di un tradizionale sistema peristaltico; aveva dimostrato l'equivalenza dal punto di vista funzionale e operativo, confrontando puntualmente le modalità d'uso e le prestazioni dell'iniettore automatico offerto da Bayer con gli iniettori peristaltici CT Motion (offerto in Italia da Performance Hospital) e CT Expres (offerto da Bracco);

- il TAR non si è avveduto che le specifiche tecniche definite nell'art. 6 del Capitolato ed ivi designate *“Caratteristiche minime essenziali pena esclusione”*, dovevano essere lette in coerenza con il principio di equivalenza, la cui applicazione era precisata dall'art. 7 con richiamo all'art. 68 del d.lgs. 50/2016,

e perciò l'essenzialità 'pena esclusione' doveva essere temperata in base a tale principio;

- del resto, tale lettura del Capitolato era stata condivisa anche da PH, la quale, pur disponendo soltanto di iniettori 'peristaltici', aveva partecipato alla gara anche per i lotti n. 1 e n. 3, concernenti iniettori "*per iniezione a siringa*", presentando una propria Relazione sull'equivalenza dei due sistemi;

- PH aveva affermato l'inapplicabilità del principio di equivalenza poiché nella griglia di valutazione dell'offerta tecnica era stata prevista una voce ("*Limite massimo di pressione programmabile espresso in psi*") che "avrebbe avvantaggiato" i sistemi a siringa; detto argomento (peraltro, richiamato dal TAR solo nelle pagine della sentenza in cui erano illustrate le posizioni della ricorrente) non risulta condivisibile: infatti, il raggiungimento di livelli di pressione maggiori, a parità di flusso, rende l'esecuzione dell'esame particolarmente sicura ed è perciò un elemento di pregio oggettivamente apprezzabile, e per questa ragione la 'griglia di valutazione' stabilita nel Capitolato dava rilievo al valore garantito dal sistema offerto;

- il TAR ha ritenuto che la circostanza che per gli altri lotti il capitolato prevedesse espressamente l'offerta di un sistema di iniezione 'a siringa' significherebbe che nella gara ogni lotto sarebbe stato identificato tassativamente con una singola tipologia di sistema di iniezione (peristaltico/a siringa), ma in realtà PH offrì per il lotto n. 1 proprio un sistema peristaltico, e comunque il riferimento operato dal TAR al lotto n. 1 non pare probante, essendo destinato ad una tipologia di esami differente, perché concerneva i sistemi di mezzi di contrasto a siringa per procedure radiologiche tomografiche e di radiologia interventistica e non (il lotto 4 invece concerneva sistemi di mezzi di contrasto a siringa per procedure radiologiche tomografiche per le sole procedure radiografiche tomografiche);

- se il capitolato avesse effettivamente inteso escludere la possibilità di offerte 'equivalenti', la relativa previsione sarebbe stata nulla, e perciò inefficace, non solo in forza dell'art. 68, comma 7, cit. – che detta una disposizione

imperativa rispetto alla valutazione delle offerte e perciò prevalente rispetto a previsioni difformi degli atti di gara -, ma anche in forza del principio stabilito dall'art. 83, comma 8, che sancisce la nullità delle cause di esclusione non previste dalla legge;

- nel giudizio di primo grado, la nullità della previsione del capitolato era stata espressamente eccepita da Bayer nel secondo motivo del suo ricorso incidentale; tuttavia non è stata neppure presa in considerazione dal TAR, che si è limitato a dichiarare 'irricevibile' il ricorso incidentale, senza neppure avvedersi che in esso era proposta anche un'eccezione di nullità, che non è soggetta al termine previsto dall'art. 31, comma 4, cod. proc. amm. e può essere sempre proposta da una parte intimata.

6.2. Contesta poi la ritenuta tardività dell'impugnazione del Capitolato:

- il TAR ha affermato che *“la relativa clausola era chiarissima – oltre che motivata in ragione della specifica destinazione d'uso”*;

- viceversa, il Capitolato, come esposto nel primo motivo, era suscettibile di ben diversa interpretazione, e, quanto alla destinazione d'uso, il riferimento alle *“procedure radiografiche tomografiche”* che contraddistingueva il lotto n. 4 non significava nulla in termini di inidoneità funzionale dei sistemi di iniezione 'a siringa';

- la tardività presuppone invece che la parte potesse subito avere certezza del carattere escludente della clausola in questione; in ogni caso, in presenza di una situazione per lo meno dubbia, il TAR avrebbe dovuto concedere il beneficio dell'errore scusabile; tale beneficio, ove il collegio ritenesse condivisibile la tesi del TAR circa l'immediata impugnabilità del Capitolato in oggetto, viene richiesto da Bayer in questa sede;

- ripropone pertanto le ragioni già illustrate in primo grado, a sostegno della illegittimità del Capitolato, per incompatibilità con i principi sanciti dall'art. 68, comma 7, del Codice, sottolineando che il riscontro delle specifiche tecniche in una gara va correlato non al formale, meccanico riscontro della specifica certificazione tecnica, ma al criterio della conformità sostanziale

delle soluzioni tecniche offerte (cfr. Cons. Stato, III, n. 5259/2017), e che una ragione di esclusione, determinata dal riferimento a specifiche tecniche che non lasci margini per una dimostrazione di equivalenza, si risolve in una illegittima restrizione della concorrenza, incompatibile con l'art. 68 cit. (cfr. Cons. Stato, IV, n. 3701/2016).

6.3. Infine, ripropone il motivo escludente, che il TAR (illegittimamente, a suo dire) non ha esaminato:

- nell'offerta PH manca un elemento richiesto a pena di esclusione dal Capitolato medesimo, vale a dire il riscaldatore/mantenitore di calore del mezzo di contrasto, requisito significativo per la funzionalità del sistema offerto, dato che consente di assicurare che la temperatura del mezzo di contrasto possa subire variazioni idonee a incidere sui risultati dell'esame clinico);

- infatti, per l'iniettore offerto da Performance Hospital, l'iniettore CT Motion di Ulrich, questa funzionalità non è di serie, ma è soltanto opzionale; la circostanza emerge inequivocabilmente dal Manuale d'uso dell'iniettore CT Motion, che assegna ad esso anche un codice univoco distinto da quello dell'iniettore (codice che non risulta inserito né nell'offerta tecnica, né in quella economica).

- si deve quindi ritenere che l'offerta di PH per questo aspetto non avesse ottemperato ai requisiti minimi del capitolato, perché non comprendeva il mantenitore di calore, e dunque avrebbe dovuto essere esclusa.

7. PH si è costituita in giudizio ed ha controdedotto puntualmente. Ha inoltre riproposto il motivo di ricorso escludente, assorbito dal TAR:

- con riferimento al criterio di valutazione "*Presenza e funzionamento dell'interfaccia con i sistemi di diagnostica immagini*", l'aggiudicataria ha ottenuto ben 3 punti, ossia il massimo punteggio previsto per la singola voce; tuttavia, nell'offerta tecnica proposta da Bayer (M5 e M-6excel) non è presente tale interfaccia, chiamata Certegra "*Imaging Scanner Interface*", c.d. I.S.I., che non è nemmeno quantificato nell'offerta economica;

- il punteggio è stato attribuito in base alla dichiarazione della stessa Bayer resa nel Modello M5 bis, ossia il questionario tecnico rettificato, in cui alla voce in questione la società ha risposto “*E’ possibile il collegamento bidirezionale Iniettore-TC attraverso: Certegra (Imaging Scanner Interface)*”, specificando che tale *software* “*è opzionale*”;
- è quindi chiaro l’errore della commissione di gara, che ha valutato con il massimo punteggio un prodotto non presente, non offerto e non quantificato dal punto di vista economico;
- eliminando i 3 punti dall’offerta tecnica Bayer questa conseguirebbe 55,642 punti a fronte dei 58,642 ottenuti; PH resterebbe ferma a 55,993, ma, in seguito alla riparametrazione (come da disciplinare) otterrebbe 70 punti sull’offerta tecnica, e Bayer otterrebbe 69,561; così che, sommando detti punteggi a quelli dell’offerta economica PH diverrebbe prima in graduatoria con 100 punti (70+30), davanti a Bayer con 99,368;
- anche se si dovesse ritenere valutabile un elemento dell’offerta tecnica non offerto ma dichiarato “*opzionale*”, quantomeno si sarebbe dovuta calcolare l’incidenza dello stesso elemento sull’offerta economica, non essendo ammissibile che una concorrente si giovi, in sede tecnica, di una determinata caratteristica con attribuzione del punteggio e, di contro, in sede economica, non subisca l’inevitabile diminuzione del punteggio in proporzione all’aumento complessivo del costo economico per l’amministrazione.

8. A.Li.Sa. e Regione Liguria si sono costituite in giudizio ed hanno argomentato a sostegno delle tesi dell’appellante Bayer.

9. Le parti hanno depositato ulteriori memorie e repliche, puntualizzando le rispettive difese.

10. Il Collegio esamina anzitutto la questione della mancata applicazione del principio di equivalenza all’offerta Bayer, oggetto del primo motivo di appello di Bayer.

10.1. Il Collegio ritiene che quanto affermato dalla Sezione in sede cautelare (ord. n. 271/2023) non possa, *re melius perpensa*, essere confermato.



Infatti, premesso che le pompe volumetriche si distinguono in pompe a siringa o stantuffo e pompe rotative che sfruttano la tecnologia peristaltica, merita di essere condivisa, alla stregua della consolidata giurisprudenza sul perimetro applicativo dell'articolo 68, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, la conclusione del TAR, il quale ha evidenziato come nel caso in esame l'equivalenza funzionale tra il prodotto richiesto dall'articolo 6 del Capitolato tecnico prestazionale (sistema di iniezione di tipo "peristaltico") e quello offerto da Bayer (sistema di iniezione "a siringa") non sia in discussione e non sia dirimente.

Il punto nodale della controversia non è infatti l'equivalenza, bensì la scelta a monte compiuta dalla *lex specialis* di gara di richiedere, con il suddetto articolo 6 del Capitolato, soltanto la presentazione di offerte relative a sistemi di iniezione di tipo "peristaltico", in modo da restringere solo a tali prodotti il confronto competitivo.

10.2. Al riguardo, giova richiamare il pacifico indirizzo per cui nelle gare pubbliche il principio di equivalenza di cui all'articolo 68 del d.lgs. n. 50/2016 non trova applicazione quando si verte sul rispetto di requisiti tecnici minimi obbligatori che identificano le caratteristiche essenziali e indefettibili dei lavori, servizi o forniture richieste dall'Amministrazione; pertanto, il concorrente che voglia presentare un prodotto o servizio equivalente a quello richiesto incontra comunque il limite della difformità del bene rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*, configurante un'ipotesi di *aliud pro alio* non rimediabile (cfr. Cons. Stato, V, nn. 9693/2022 e 5260/2019; III, nn. 5075/2022, 1225/2021, 5144/2020 e 5140/2020).

Il richiamo al principio di equivalenza in un siffatto caso avrebbe infatti *“l'effetto di distorcere l'oggetto del contratto, al punto da consentire ai partecipanti di offrire un bene radicalmente diverso rispetto a quello descritto nella lex specialis, così finendo per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto e per modificarne surrettiziamente i contenuti in danno della stessa stazione appaltante e dei concorrenti che*

*abbiano puntualmente osservato la disciplina di gara*” (Cons. Stato, V, n. 5258/2019; vedi anche id., nn. 1100/2023 e 5034/2022; III, n. 1225/2021).

10.3. Si aggiunge poi che la distinzione tra oggetto dell'appalto e specifiche tecniche riconducibili al disposto dell'articolo 68, cit., va effettuata *“alla luce della ratio sottesa al principio di equivalenza, presupposto essenziale perché detto principio possa essere richiamato e trovare applicazione essendo che, sul piano qualitativo, si sia in presenza di una specifica in senso propriamente tecnico, e cioè di uno standard - espresso in termini di certificazione, omologazione, attestazione, o in altro modo - capace di individuare e sintetizzare alcune caratteristiche proprie del bene o del servizio, caratteristiche che possono tuttavia essere possedute anche da altro bene o servizio pur formalmente privo della specifica indicata”*, con la conseguenza che *“il principio trova ragione di applicazione in presenza di specifiche tecniche aventi un grado di dettaglio potenzialmente escludente, a fronte cioè di uno standard tecnico-normativo capace d'impedire la partecipazione alla gara proprio perché - atteso il livello della sua specificità - presenta un portato selettivo: al fine d'impedire che tale selezione si risolva in termini irragionevolmente formalistici, finendo con il produrre un effetto anticompetitivo, la previsione di un siffatto standard deve essere affiancata dalla necessaria clausola d'equivalenza”* (Cons. Stato, V, nn. 5258/2019 e 5034/2022).

10.4. Nel caso in esame, sembra evidente l'intento originario della stazione appaltante di circoscrivere l'oggetto dell'affidamento a una ben definita tipologia tecnica di prodotti (i sistemi di iniezione di tipo “peristaltico”), come evincibile anche dalla circostanza che contestualmente i sistemi di iniezione “a siringa” formassero oggetto di un distinto lotto (n. 1) nell'ambito della medesima gara, suddivisione che comunque costituisce una scelta tecnico-discrezionale avente una sua *ratio* e significatività (oltre a essere adempimento tendenzialmente obbligatorio giusta l'articolo 51 del d.lgs. n. 50/2016) e che sarebbe di fatto vanificata ove si consentisse, attraverso il richiamo al principio di equivalenza, di offrire sistemi di iniezione “a siringa” nella procedura riservata a quelli di tipo “peristaltico” e viceversa.

10.5. Pertanto, nella specie il punto non era la verifica dell'equivalenza o meno del prodotto offerto dall'odierna appellante rispetto alle caratteristiche tecniche richieste dalla disciplina di gara (essendo evidente la difformità di quanto offerto rispetto a quanto richiesto, e ricorrendo quindi l'ipotesi in cui a mente della richiamata giurisprudenza non vi è spazio per l'applicazione del principio di equivalenza), ma – semmai – la legittimità della previsione di *lex specialis* con cui la stazione appaltante aveva inteso circoscrivere l'oggetto dell'affidamento per il lotto di che trattasi ai soli sistemi di iniezione di tipo “peristaltico”, escludendone quelli “a siringa” (su questo punto si tornerà appresso, esaminando il secondo motivo di appello).

10.6. A fronte di quanto esposto, non colgono nel segno le deduzioni di parte appellante, e in particolare:

- né il richiamo all'articolo 7 del Capitolato, che recepiva il principio di equivalenza disciplinando le modalità con cui i concorrenti avrebbero potuto ricorrere ad esso, in quanto tale previsione va coordinata con quella del precedente articolo 6, rispetto alla quale non può essere intesa come “neutralizzante” rispetto alle caratteristiche tecniche minime del prodotto definite dalla stazione appaltante (come sarebbe se si condividesse l'avviso dell'appellante, secondo cui il principio di equivalenza poteva rendere *tamquam non esset* la previa limitazione dell'oggetto di gara ai soli sistemi di tipo “peristaltico”); ma – al contrario – doveva essere ritenuta applicabile nell'ambito del perimetro così circoscritto dalla stazione appaltante (e, quindi, nel senso della possibilità di dimostrare l'equivalenza funzionale tra diversi prodotti comunque rientranti nella tipologia dei sistemi di tipo “peristaltico”);
- né tanto meno la mera circostanza fattuale che l'originaria ricorrente, con condotta speculare rispetto a quella dell'odierna appellante, avesse presentato offerte per gli altri lotti (compreso il lotto n. 1) presentando un sistema “peristaltico” laddove era obbligatoriamente richiesto un sistema “a siringa” e invocando a sua volta il principio di equivalenza, trattandosi innanzitutto di vicende afferenti a distinte procedure selettive, e comunque in relazione alle

quali non può escludersi affatto che siffatte offerte fossero anch'esse meritevoli di esclusione (non essendo divenuto il tema rilevante in tale sede solo perché Performance Hospital S.r.l. non è risultata aggiudicataria di quei lotti).

Può aggiungersi che la considerazione del divario (strutturalmente) esistente tra i tipi di iniettore, riguardo al raggiungimento di livelli di pressione maggiori a parità di flusso – che, effettivamente, non deporrebbe nel senso dell'esclusione del principio di equivalenza - non aggiunge nulla a quanto esposto, trattandosi, come del resto riconosce l'appellante, di argomentazione non raccolta dal TAR ai fini della decisione.

10.7. Alla stregua di detti argomenti, il primo motivo di appello va respinto.

11. Il Collegio esamina il secondo motivo di appello, con il quale Bayer ripropone le censure dedotte avverso la *lex specialis* di gara e segnatamente avverso l'articolo 6 del Capitolato, ove interpretato nel senso di introdurre una specifica tecnica a pena di esclusione.

11.1. E' infondato il primo argomento con il quale l'appellante, per superare la statuizione di tardività, fa leva sul fatto che nel ricorso era stata denunciata la nullità della clausola in questione (per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione), apprezzabile dal giudice anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Ciò per un duplice ordine di ragioni:

- perché, ove la pretesa nullità fosse fatta discendere dall'esclusione dell'applicabilità del principio di equivalenza, tale affermazione – come puntualmente rilevato dall'appellata – è smentita in fatto proprio dall'articolo 7 del Capitolato, che espressamente richiamava il predetto principio (sia pure nei limiti di applicabilità che si sono sopra precisati);
- perché, per il resto, il potere delle stazioni appaltanti di introdurre specifiche tecniche a pena di esclusione è espressamente riconosciuto dall'articolo 68 del d.lgs. n. 50/2016, sicché può farsi questione di illegittimità e/o irragionevolezza delle previsioni con cui tale potere viene esercitato, ma giammai di sua nullità.

11.1. Il TAR, peraltro, non ha esaminato la censura di nullità, ma ha ritenuto di qualificare come “escludente” l’articolo 6, così da farne discendere la tardività dell’impugnazione sul presupposto che questa avrebbe dovuto essere proposta immediatamente.

11.2. Detta ultima conclusione del TAR, tuttavia, non persuade.

Infatti, sulla scorta della prevalente giurisprudenza, soggiacciono all’onere della immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell’offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l’interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l’esclusione o l’aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (cfr. Cons. Stato, III nn. 6264/2022, 1816/2021, 921/2016 e 2413/2015). Sotto un altro, complementare profilo, comportano l’onere dell’immediata impugnazione solo le clausole del bando considerate “*immediatamente escludenti*”, ovvero solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull’interesse dei concorrenti in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un’utile partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, III, n. n. 1595/2021; V, n. 284/2021).

Nel caso in esame, è dubbia la sussistenza di tali presupposti:

- in punto di fatto, per l’incertezza ingenerabile dalla contestuale presenza dei ricordati articoli 6 e 7 del Capitolato, tale da rendere legittimo l’affidamento dei concorrenti (non solo l’odierna appellante ma, come esposto, la stessa originaria ricorrente per altro lotto) i quali, anziché porre immediatamente la questione della “interscambiabilità” fra le due tipologie di sistemi di iniezione, avessero inteso presentare un’offerta invocando il principio di equivalenza;
- in linea generale, perché la ricordata giurisprudenza sull’immediata impugnabilità del bando circoscrive l’ambito delle clausole “escludenti” a

quelle che rendono oggettivamente e manifestamente impossibile la presentazione di un'offerta, e tali, in base alla stessa giurisprudenza, possono essere proprio le clausole che introducano specifiche tecniche *ex* articolo 68, d.lgs. n. 50/2016, caratterizzate da un grado di dettaglio tale da risultare oggettivamente preclusivo della partecipazione, ma non anche – come si è visto essere nel caso in esame – la scelta dell'Amministrazione di circoscrivere l'oggetto dell'affidamento a una sola determinata tipologia di prodotto, a nulla rilevando che uno o più operatori, per proprie scelte imprenditoriali e non per ragioni tecniche oggettive (e dunque, in base ad elementi non predefiniti in modo assoluto), non siano in grado di fornirlo.

11.3. In ogni caso, le censure articolate dall'appellante avverso la *lex specialis* di gara risultano infondate, tenuto conto:

- che la suddivisione della gara in lotti costituisce adempimento di un preciso obbligo posto alla stazione appaltante, in funzione pro-concorrenziale, dall'articolo 51 del d.lgs. n. 50/2016;
- che la decisione di separare l'affidamento dei sistemi di iniezione di tipo “peristaltico” da quelli “a siringa”, rendendoli oggetto di procedure relative a lotti distinti, costituisce espressione di discrezionalità tecnica non connotata da manifesti profili di irrazionalità;
- che tale scelta non risulta *prima facie* eccessivamente limitativa della concorrenza, tenuto conto che certamente più imprese sul mercato producono sistemi di tipo “peristaltico”, e chi non le produce lo fa sulla base di una propria libera scelta imprenditoriale;
- che, in definitiva, al fine di contestare l'opzione per il tipo di sistema di iniezione peristaltico operata per il lotto n. 4 dal Capitolato, si sarebbe dovuta affermare l'assoluta mancanza di ragioni a sostegno di tale scelta, in ragione della maggior funzionalità sotto tutti i punti di vista del sistema ad iniezione (e, in definitiva, che i sistemi “peristaltici” sarebbero ormai fuori mercato), ciò che non è giunta ad affermare neanche l'appellante.

12. Da quanto esposto discende la conferma dell'esclusione dalla gara di Bayer.

13. Deve quindi essere valutato il terzo motivo d'appello, con cui Bayer ripropone la censura (non esaminata dal TAR) relativa alla asseritamente illegittima ammissione in gara dell'originaria ricorrente, Performance Hospital.

13.1. L'appellante ha ragione a lamentarne il mancato esame in primo grado, in quanto – se è vero che alla gara di che trattasi non hanno partecipato solo le odierne appellante e appellata – alla stregua dei noti principi affermati dalla Corte di giustizia UE (in particolare, sent. 5 settembre 2019 in C-333/2018) l'interesse alla decisione del ricorso incidentale di primo grado *in parte qua* poteva sussistere pur dopo l'accoglimento del ricorso principale, permanendo un interesse strumentale alla ripetizione della gara, all'esito dell'esclusione dalla stessa sia della ricorrente principale che di quella incidentale e considerata la possibilità che la stazione appaltante decidesse di annullare la procedura anziché scorrere la graduatoria oltre la seconda classificata.

13.2. La censura in questione va però ritenuta infondata nel merito.

Con essa si assume il mancato rispetto nell'offerta di PH di caratteristiche tecniche minime prescritte a pena di esclusione, con riguardo alla necessità di assicurare il mantenimento costante della temperatura del mezzo di contrasto, per il solo fatto che l'offerente aveva presentato un iniettore in cui il riscaldatore/mantenitore di calore era solo opzionale senza indicare il codice che assicurasse alla stazione appaltante che tale elemento opzionale effettivamente vi sarebbe stato.

Bayer, in contrario ha rilevato – senza essere smentita *ex adverso* – che nel prodotto da lei offerto il riscaldatore/mantenitore di calore, ancorché opzionale, era previsto di *default* (cioè era previsto in automatico, salva indicazione contraria - alle pagine 19 e 20 della “Relazione tecnica”, alla voce “6. Opzioni software. 6.1 Opzioni software (default)” vi è, appunto, la voce “riscaldatori di MDC”). E che, trattandosi di un'opzione offerta in automatico

con l'iniettore CT Motion, correttamente non era stata computata "a parte" nell'offerta economica, con un codice specifico, non costituendo la stessa una voce di costo aggiuntiva.

Sicché l'offerta poteva considerarsi idonea a assicurare la stazione appaltante circa il rispetto della caratteristica tecnica minima in questione.

14. Le considerazioni che precedono determinano l'integrale rigetto dell'appello e, comportando la conferma della sentenza impugnata (sia pure con le precisazioni e integrazioni esposte), esonerano dall'esame del motivo di primo grado, assorbito dal TAR, che l'originaria ricorrente Performance Hospital ha ritualmente riproposto ai sensi dell'articolo 101, comma 2, cod. proc. amm..

15. Le spese e gli onorari del grado di giudizio, considerata la complessità delle questioni affrontate, possono essere integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma, con motivazione parzialmente diversa, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Paolo Carpentieri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere



**L'ESTENSORE**  
**Pierfrancesco Ungari**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

**IL SEGRETARIO**