

Publicato il 28/02/2023

N. 02070/2023REG.PROV.COLL.
N. 09754/2022 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 9754 del 2022, proposto da Nova Biomedical Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Aliverti, Domenico Greco e Cosimo Andrea Vestuti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- l'Azienda Ospedaliera dei Colli di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Cuccurullo, Anna Rega e Rita Castaldo, con domicilio eletto presso il loro studio in Napoli, Via L. Bianchi e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- Roche Diagnostics S.p.a.- società unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, Via Alberico II, n. 33, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tar per la Campania – Napoli, Sezione V, 31 ottobre 2022, n. 6742, notificata in data 16 novembre 2022.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione della Azienda Ospedaliera dei Colli di Napoli e della Roche Diagnostics S.p.a.;

Visti tutti gli atti di causa;

Visti gli articoli 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2023, il consigliere Luca Di Raimondo e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sul *Supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* il 26 luglio 2021, l'Azienda Ospedaliera dei Colli di Napoli (di seguito anche "Azienda") ha indetto una gara a procedura aperta, suddivisa in tre lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con assegnazione del peso ponderale del 70 % per il criterio della qualità e del 30 % per il prezzo) per la "*fornitura per 60 mesi di sistemi per il controllo della glicemia e dispositivi per il prelievo di sangue capillare*", avente ad oggetto il "*sistema per la misurazione della glicemia costituiti da glucometri e strisce reattive con caratteristiche e quantitativi indicati nel capitolato speciale d'appalto*", per un importo complessivo a base d'asta di € 499.640,00.

Con deliberazione del Direttore generale dell'ente n. 454 del 23 maggio 2022, è stato aggiudicato il primo lotto alla Roche Diagnostics S.p.a. - società unipersonale (di seguito anche "Roche") per l'importo complessivo di € 310.000,00, IVA esclusa.

2. Con ricorso proposto innanzi al Tar Campania – Napoli, la Nova Biomedical Italia S.r.l. (di seguito anche "Nova") ha impugnato, chiedendone

l'annullamento previa istanza cautelare, i provvedimenti indicati in epigrafe, affidando il proprio ricorso a quattro motivi, con i quali ha lamentato violazione di legge ed eccesso di potere nelle figure sintomatiche.

La ricorrente ha altresì chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il risarcimento in forma specifica attraverso l'aggiudicazione e, in subordine, per equivalente.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 1° luglio 2022, la società ha dedotto ulteriori mezzi di doglianza contro l'aggiudicazione.

Con ricorso incidentale depositato il 25 luglio 2022, Roche ha lamentato, in relazione alla censura dedotta con il quinto motivo del ricorso per motivi aggiunti della Nova, l'erronea attribuzione in favore della controinteressata del punteggio con riferimento al requisito n. 7 volto a valutare "*Performance analitiche in riferimento a potenziali interferenti*".

3. Con ordinanza 20 luglio 2022, n. 1395, non appellata, il Tar Campania ha respinto la domanda cautelare e, con sentenza 28 marzo 2022, n. 287, ha rigettato il ricorso ed il ricorso per motivi aggiunti, dichiarando improcedibile il ricorso incidentale.

4. Con appello notificato il 14 dicembre 2022 e depositato il 20 dicembre successivo, Nova ha impugnato, chiedendone la riforma, la citata sentenza del Tar Campania, riproponendo, anche in chiave critica rispetto alla sentenza impugnata, i mezzi di gravame già dedotti *in prime cure*.

In particolare, l'appellante ha lamentato:

"I) Error in procedendo ed error in iudicando.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis con particolare riguardo all'art. 3 del CSA (pag. 5) in combinato disposto con l'art. 17 del disciplinare di gara pag. 31 primo e secondo capoverso.

Violazione e falsa applicazione del principio di par condicio e dell'autovincolo dei bandi di gara.

Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e difetto di proporzionalità, irragionevolezza, difetto di motivazione e istruttoria, travisamento di atti e fatti, sviamento,

manifesta ingiustizia”: secondo Nova, la società aggiudicataria ha proposto dispositivi non rispondenti all’articolo 3 del Capitolato speciale d’appalto, ai sensi del quale i “*sistemi proposti dovranno essere di ultima generazione, ovvero l’ultimo modello presente sul mercato e nuovi di fabbrica*”, atteso che l’offerta contiene l’indicazione di materiali realizzati nel 2007 e nel 2008;

“II) *Error in iudicando ed error in procedendo.*

Violazione degli articoli 1362 c.c. dell’art. 12 disposizioni pre legge – violazione e falsa applicazione della lex specialis con particolare riguardo all’art. 3, 5 capoverso del CSA, in combinato disposto con l’art. 17 del disciplinare di gara pag. 31 primo e secondo capoverso e con quanto disposto dall’Allegato A1 del Capitolato Speciale di gara, rif. 7.

Violazione dei principi della par condicio concurrentium, dell’autovincolo e 14 del contrarius actus. Eccesso di potere per carenza di presupposti, difetto istruttorio, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, sviamento, travisamento di atti e di fatti, difetto di proporzionalità”: ad avviso dell’appellante, Roche doveva essere esclusa dalla procedura di gara, perché i glucometri offerti non rispettavano la specifica minima essenziale n. 7 del Capitolato speciale di appalto concernente il sistema di espulsione della striscia reattiva;

“III) *Error in iudicando ed error in procedendo.*

Violazione e falsa applicazione dell’art. 79 comma 3 e 4 lettera b) Codice appalti e dell’art. 3 c.p.a.; difetto di motivazione -violazione e falsa applicazione del principio della par condicio e del favor participationis.

Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e difetto di proporzionalità, irragionevolezza, difetto di motivazione e istruttoria, sviamento, manifesta ingiustizia”; con tale mezzo viene contestata la mancata riapertura dei termini per presentare offerta dopo che la stazione appaltante aveva introdotto la nuova formulazione della specifica n. 7 con avviso pubblicato il 17 settembre 2021;

“IV) *Error in iudicando ed error in procedendo.*

Violazione degli articoli 1362 c.c. dell’art. 12 disposizioni pre legge – violazione e falsa applicazione della lex specialis con particolare riguardo all’art. 3, 5 capoverso del CSA, in

combinato disposto con l'art. 17 del disciplinare di gara pag. 31 primo e secondo capoverso e con quanto disposto dall'Allegato A1 del Capitolato Speciale di gara, rif. 1.

Violazione dei principi della par condicio concurrentium, dell'autovincolo e del contrarius actus. Eccesso di potere per carenza di presupposti, difetto istruttorio, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, sviamento, travisamento di atti e di fatti, difetto di proporzionalità"; con tale mezzo viene denunciata la violazione della *lex specialis* con riguardo alle caratteristiche che dovevano rivestire i glucometri per la rilevazione sia della glicemia che dei chetoni;

“V) Error in iudicando ed error in procedendo. Illegittimità del giudizio espresso dalla commissione giudicatrice sull'offerta di Roche in merito alla valutazione del subcriterio n. 1, 7, 12, del disciplinare di gara – allegato a lotto 1”: secondo l'appellante, il seggio di gara avrebbe errato nell'attribuzione all'aggiudicataria dei punteggi con riguardo ai criteri 1, 7 e 12.

5. L'Azienda si è costituita in giudizio con memoria del 29 dicembre 2022 ed ha depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. il 31 gennaio 2023.

Roche si è costituita con atto del 10 gennaio 2023, con memoria *ex* articolo 101 c.p.a. del 12 gennaio 2023 ha riproposto il motivo di ricorso incidentale ritenuto assorbito dal Tar ed ha depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. il 31 gennaio 2023.

Tutte le parti hanno depositato memoria di replica il 4 febbraio 2023; nella propria, Roche ha contestato che l'appellante non ha depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. e non ha accettato, di fatto, il contraddittorio rispetto a questioni formulate da Nova soltanto in sede di replica.

Alla pubblica udienza del 16 febbraio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del presente procedimento è l'impugnativa della deliberazione del Direttore generale n. 454 del 23 maggio 2022, con il quale l'Azienda ha disposto l'aggiudicazione in favore di Roche della gara con procedura aperta e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la

fornitura per sessanta mesi per il controllo della glicemia e dispositivi per il prelievo di sangue capillare.

In primo luogo, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso incidentale di primo grado, dichiarato improcedibile dal T.A.R. e riproposto da Roche con memoria *ex* articolo 101 c.p.a., atteso che il gravame doveva essere presentato con atto notificato ai sensi dell'articolo 96 c.p.a..

La sentenza impugnata è immune dai vizi denunciati e l'appello non può trovare accoglimento.

Con i quattro motivi dedotti, l'appellante lamenta, in sostanza:

- 1) la difformità rispetto alla *lex specialis* dell'offerta della Roche con riferimento ai dispositivi proposti, che non apparterrebbero all'ultimo modello immesso sul mercato;
- 2) la carenza della funzione dell'espulsione automatica della striscia reattiva offerta da Roche;
- 3) la modifica degli atti di gara, cui non è seguita la riapertura dei termini in misura congrua;
- 4) la mancata esclusione dell'aggiudicataria per carenza della lettura dei chetoni rispetto a quanto previsto al punto 12 del Disciplinare di gara e l'illegittimità del giudizio discrezionale adottato dal seggio di gara con riguardo al criterio *sub* 7 del medesimo atto.

1.1 La tesi di fondo su cui ruota il primo mezzo in esame fa leva sulla disposizione di cui all'articolo 3 del Capitolato speciale d'appalto, ai sensi del quale “*i sistemi proposti dovranno essere di ultima generazione, ovvero l'ultimo modello presente sul mercato e nuovi di fabbrica*”.

Autolimitandosi così la stazione appaltante – e rimanendo intangibile la norma di gara perché la controinteressata non l'ha impugnata con ricorso incidentale – Nova sostiene che il concorrente che avesse offerto dispositivi datati che non costituivano l'ultimo *upgrade* del prodotto dovesse essere immediatamente escluso.

Così come formulata e non residuando spazi diversi in chiave ermeneutica anche con riguardo al principio dell'affidamento dei concorrenti (Consiglio di Stato, sez. III, 8 luglio 2021, n.5203), la norma della *lex specialis* fissa in modo chiaro il requisito minimo da osservare (e il conseguente effetto espulsivo nel caso in cui non fosse rispettato), stabilendo l'obbligo per gli operatori economici di offrire un prodotto che fosse rispondente alle disposizioni capitolari e di ultima generazione, nel senso, cioè, che fosse l'ultimo immesso sul mercato dall'offerente.

In altre parole, l'offerta doveva avere ad oggetto un dispositivo aderente alle prescrizioni di gara e che fosse, al contempo, l'ultimo modello commercializzato.

La sentenza impugnata ripercorre la giurisprudenza che si è formata in materia, aderendo al principio secondo cui, nell'ipotesi in cui non fosse *“prevista nella lex di gara una specifica indicazione su cosa dovesse intendersi per dispositivo medico di ultima generazione, in assenza di riferimenti predefiniti, non si possa ancorare la presenza o meno di tale caratteristica alla data di immissione in commercio del dispositivo”*.

Considerata l'equipollenza attribuita dall'Azienda alle caratteristiche che dovevano rivestire i sistemi offerti, pur sempre rispondenti ai requisiti minimi, correttamente la stazione appaltante ha valutato l'offerta di Roche e la sentenza impugnata merita conferma con diversa motivazione, non trovando applicazione il precedente di questa Sezione citato nella sentenza appellata (sentenza 6 luglio 2022, n.5627), che riguarda il caso in cui la *“lex specialis di gara richieda l'offerta in gara di un dispositivo medico ‘di ultima generazione’, senza ulteriori specificazioni in merito”*.

I primi giudici, con argomentazioni che in linea generale il Collegio condivide - salvo gli effetti che si riverberano sul caso in esame e di cui si dirà oltre - aggiungono anche i seguenti passaggi: *“vero è, infatti, che il momento del lancio distributivo di un dispositivo medico non ne determina automaticamente e necessariamente il grado di superiorità tecnologica, né, tantomeno, il livello di avanzamento in termini di*

performance. Una lettura del parametro in questione ancorata alla maggiore o minore risalezza della immissione del prodotto nel mercato risulterebbe, oltre che ingiustificata sul piano dei principi, anche irragionevole nelle sue applicazioni pratiche, in quanto di fatto verrebbe a comprimere la libertà del concorrente di formulare l'offerta ritenuta più conveniente, avuto riguardo alle prescrizioni tecniche della legge di gara, imponendogli di concorrere con il prodotto di più recente introduzione, indipendentemente dal grado di maggiore o minore rispondenza alle specifiche tecniche previste dalla singola procedura. Risulta preferibile ritenere, pertanto, che la disposizione del capitolato in esame possa essere intesa nel senso di prevedere l'obbligo per l'impresa partecipante di fornire, del modello offerto, la più aggiornata versione in commercio, purché conforme alle esigenze del servizio messo a gara. Il focus della valutazione di adeguatezza si sposta, quindi, sulla considerazione degli specifici requisiti tecnici ai quali, ai sensi del capitolato di gara, le strumentazioni offerte dovevano conformarsi (Consiglio di Stato sez. III, 05/03/2019, n.1536)".

Osserva al riguardo il Collegio che la giurisprudenza ha stabilito che non sussiste in assoluto la coincidenza e la sovrapponibilità delle due espressioni (“ultima generazione” e “ultimo modello presente sul mercato”), dovendo essere indagata caso per caso la reale intenzione della stazione appaltante e tenendo specularmente conto del principio del *favor participationis* (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084, e 11 dicembre 2019, n. 8429), considerando che “il requisito della ‘più recente immissione in commercio’ ha il pregio di offrire un riferimento temporale oggettivo e in tal senso si rivela appropriata la precisazione del giudice di prime cure sulla univocità di significato della clausola in argomento rispetto altre formule parimenti utilizzate nella prassi, come ad esempio quella che più genericamente fa riferimento a prodotti “di ultima generazione” (Consiglio di Stato, Sezione III, 25 ottobre 2022, n. 9072).

La Sezione ha così chiarito che, “mentre è vero che l'ultimo modello presente sul mercato è un prodotto di ultima generazione, non è sempre vero che un prodotto di ultima generazione costituisca anche l'ultimo modello presente sul mercato, dato selettivo qui prescelto dalla legge di gara, dovendo per esso intendersi l'ultimo modello immesso dal

concorrente sul mercato (in tal senso cfr. Cons. St., 4 settembre 2020 n. 5358), con la precisazione già sopra svolta, e rinveniente da una lettura sistemica della specifica lex specialis qui in rilievo, che, per rendere operativo il criterio cronologico della più recente immissione in commercio, occorre sincerarsi della sovrapponibilità dei modelli quanto al possesso delle stesse caratteristiche ‘di minima’ richieste.

11.4. Ne discende che l’elusione della suddetta regola nella scelta dei modelli da offrire, ove tecnicamente sovrapponibili, si pone in rapporto di chiara distonia con le preferenze della stazione appaltante che, a parità di condizioni tecniche, ha richiesto al singolo operatore di offrire il modello di più recente immissione in commercio, in tal modo ragionevolmente presumendo che fosse quello più tecnologicamente aggiornato” (Consiglio di Stato, cit.).

Orbene, nella fattispecie trova applicazione il principio stabilito dalla Sezione, secondo cui *“in definitiva, richiedere il dispositivo di più recente immissione in commercio – in assenza di ulteriori e più perspicue indicazioni - significa richiedere la versione del dispositivo più aggiornata in commercio tra quelle esistenti per i dispositivi rispondenti alle caratteristiche minime poste a pena di esclusione”*, sul presupposto che vada fatto riferimento alla *“giurisprudenza che, rispetto a controversie di analogo contenuto ove veniva però in rilievo il diverso parametro selettivo che chiedeva l’offerta di prodotti di “ultima generazione in commercio”, ha ritenuto “preferibile ritenere, pertanto, che la disposizione del capitolato in esame possa essere intesa nel senso di prevedere l’obbligo per l’impresa partecipante di fornire, del modello offerto, la più aggiornata versione in commercio, purché conforme alle esigenze del servizio messo a gara. Il focus della valutazione di adeguatezza si sposta, quindi, sulla considerazione degli specifici requisiti tecnici ai quali, ai sensi del capitolato di gara, le strumentazioni offerte dovevano conformarsi” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 luglio 2022, n. 5627; Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2019, n. 1536; Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2019, n. 2536; Cons. St. 15 marzo 2019, n. 1713)” (Consiglio di Stato, Sezione III, 21 ottobre 2022, n. 9020).*

Nel caso all’esame del Collegio, risulta non contestato tra le parti, fermo l’esame della sola documentazione depositata tempestivamente in primo grado, che Roche abbia proposto in gara i prodotti *Accu-check Performa* e *Accu-*

check Inform realizzati nel 2007 e nel 2008, in disparte la valutazione discrezionale della commissione giudicatrice sulla sussistenza, in generale, dei requisiti minimi richiesti ed anche volendo attribuire efficacia espulsiva alla clausola della legge di gara, secondo cui “*i sistemi proposti dovranno essere di ultima generazione, ovvero l'ultimo modello presente sul mercato e nuovi di fabbrica*”.

Il Tar ha stabilito condivisibilmente che, in linea generale, “*a meno che il prodotto offerto non rispecchi un livello tecnologico non più corrispondente all'attuale stadio di evoluzione tecnico-scientifica (circostanza che comunque sarebbe rilevata in sede di valutazione delle caratteristiche qualitative dell'offerta), appartiene alle scelte competitive del concorrente di offrire un prodotto meno recentemente immesso, rispetto ad altro, sul mercato (quindi ragionevolmente meno sofisticato, da un punto di vista tecnologico), esponendosi ad una valutazione qualitativa meno 'premiante', ma eventualmente facendo affidamento su una più favorevole valutazione dell'offerta economica*”.

Nel caso di specie, tuttavia, l'offerta della aggiudicataria rispondeva ad entrambi i parametri richiesti dall'articolo 3 del Capitolato speciale d'appalto (avere ad oggetto prodotti di ultima generazione ed ultimi ad essere immessi sul mercato), come segnalato da Roche anche in sede di memoria del 31 gennaio 2023, con cui ha riproposto argomentazioni già sviluppate in primo grado e non scalfite dall'appello.

Non può trovare accoglimento, pertanto, la contestazione di Nova in ordine alla presenza nel 2021 sul sito istituzionale della controinteressata del successivo prodotto denominato *Cobas Pulse*, che, tuttavia, al momento della scadenza per la presentazione delle offerte (28 settembre 2021), non era ancora stato immesso sul mercato in Italia per la glicemia professionale, essendo stato commercializzato soltanto il 12 gennaio 2022, dopo aver ottenuto le relative certificazioni CE IVDD e CE IVDR.

Parimenti infondata risulta l'affermazione di Nova, secondo cui Roche avrebbe dovuto offrire altri due prodotti (*Accu-check Guide*, immesso in commercio nel 2018 o *Accu-check Instant* immesso in commercio nel 2020).

La proponente non era tenuta ad offrire i due sistemi in parola, sia perché questi riguardavano il rilevamento del tasso glicemico da parte di personale non professionale, sia perché commercializzati da Roche Diabetes Care S.p.a., società, pur appartenente al medesimo gruppo, ma diversa dalla proponente, sia perché non conformi alle richieste di gara, in quanto non connettabili al sistema informativo di laboratorio (*LIS*).

I prodotti offerti da Roche, dunque, rispondevano esattamente alla *lex specialis*, perché sono gli ultimi commercializzati tra quelli rispondenti ai requisiti di gara, nel rispetto di quanto stabilito dall'articolo 3 del Capitolato.

Il primo mezzo, dunque, è da respingere perché infondato e la sentenza va confermata, secondo la motivazione suesposta.

1.2 Con il secondo motivo di appello Nova contesta che i glucometri offerti dalla controinteressata non rispettassero la specifica minima essenziale n. 7 delle norme capitolari, sia nell'originaria formulazione, che nella definitiva, conseguente a quanto disposto dalla stazione appaltante con avviso pubblicato il 17 settembre 2021.

La tesi si basa sulla considerazione che l'estrazione della striscia analitica, richiedendo necessariamente l'intervento manuale dell'operatore, non sarebbe potuta avvenire con modalità tali da assicurare la sicurezza per il personale sanitario, in violazione anche delle prescrizioni nazionali ed unionali relative alla sicurezza dei lavoratori.

Osserva il Collegio che la disposizione di gara, così come definita in un secondo tempo dalla stazione appaltante, prevede che *“la striscia possa essere espulsa in maniera tale che sia garantita la sicurezza per il personale sanitario”*.

Da questo angolo prospettico, non può essere contestato quanto deciso dal giudice di *prime cure*, che ha stabilito che *“il chiaro tenore normativo di tale disposizione contenuta nella lex specialis non consentiva di ritenere che il dispositivo offerto dovesse essere necessariamente munito di un sistema di espulsione automatica, tale da escludere l'intervento manuale dell'operatore sanitario, con la conseguenza che la relativa*

manca determinasse l'esclusione dei partecipanti alla gara, anche in assenza di un'espressa comminatoria della sanzione espulsiva".

A ben vedere, pur considerando che il momento più delicato e potenzialmente pericoloso per l'operatore sanitario è rappresentato dalla digitopuntura del paziente, l'espulsione automatica della striscia dopo il prelievo era stata originariamente prevista dall'Azienda che, in esito a valutazioni discrezionali che sfuggono al sindacato di legittimità in quanto non evidentemente abnormi o affette da macroscopici ed evidenti vizi, ha successivamente deciso, al fine di garantire l'apertura al mercato (Consiglio di Stato, Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084), di consentire la massima partecipazione degli operatori economici (anche perché, secondo quanto emerge dagli atti di causa, l'unica impresa che potesse offrire la striscia con espulsione automatica era proprio Nova): non è, dunque, inficiata la decisione di consentire di offrire una striscia che, pur non venendo eiettata automaticamente, fosse in grado, per le modalità di funzionamento ed utilizzo, di essere, per l'appunto, *"espulsa in maniera tale che sia garantita la sicurezza per il personale sanitario"*, pur sempre tenuto a munirsi di sistemi di protezione individuale.

In questa prospettiva, è immune da vizi motivazionali la sentenza impugnata, che stabilisce che *"l'interpretazione della portata precettiva della disposizione di gara, come resa palese dal riportato suo tenore letterale, imponeva esclusivamente che il dispositivo offerto non avesse delle caratteristiche costruttive ovvero non richiedesse delle manovre tali da esporre ad una situazione di pericolo l'incolumità fisica dell'operatore chiamato ad eseguire il processo analitico"*, dovendo trovare sempre applicazione - prosegue la sentenza del Tar - quanto stabilito dalla giurisprudenza, 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 (cfr. Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2017 n. 4644; Cons. St., sez. V, 5 luglio 2017 n. 3302; Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2018 n. 187)”.

D'altra parte, ad escludere la natura di requisito minimo dell'espulsione automatica è decisivo il rilievo che l'allegato A del Disciplinare di gara – *“Caratteristiche dei dispositivi di lettura”* prevede espressamente l'attribuzione fino ad un massimo di otto punti per le dimensioni ridotte, la maneggevolezza, la particolarità del *display*, la facilità di utilizzo e, anche, la funzione automatica di espulsione della striscia, per le quali, non a caso, l'appellante ha ottenuto il punteggio massimo di 8.

In altre parole, la natura di requisito di minima dell'espulsione automatica risulta incompatibile con la scelta discrezionale della stazione appaltante di valorizzarne la (eventuale) fornitura con l'attribuzione di un punteggio premiale di 2, che l'appellante ha effettivamente conseguito.

Il motivo in esame è, dunque, infondato.

1.3 Con il terzo mezzo di gravame, l'appellante lamenta la violazione degli articoli 79, comma 3, lettera *b*), e 4 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici, per non aver l'Azienda prorogato ulteriormente il termine per la presentazione delle offerte a seguito dell'avviso pubblicato il 17 settembre 2021, contenente la nuova specifica 7 (espulsione automatica della striscia analitica).

Il Tar ha ritenuto infondato il motivo, atteso che dalle disposizioni indicate *“si evince che la proroga dei termini può essere disposta dall'Amministrazione in presenza di circostanze in grado di rappresentare una ‘oggettiva preclusione’ a partecipare alla procedura selettiva, e per il periodo di tempo proporzionalmente necessario a ripristinare il normale svolgimento dalla gara”*, ma che, nel caso di specie, *“la contestata modifica della legge di gara non solo è stata disposta dieci giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, ma risulta anche supportata da un'idonea giustificazione, atteso che il precedente tenore precettivo della specifica tecnica, richiedendo espressamente che la striscia analitica non dovesse essere maneggiata dall'operatore, aveva comportato di fatto la*

delimitazione della platea degli offerenti ai soli produttori di dispositivi dotati di meccanismi di espulsione automatica”.

Ritiene il Collegio che il motivo sia, in realtà, inammissibile per carenza di interesse della Nova a contestare lo spostamento, ritenuto incongruo, per la presentazione delle offerte e rispetto al quale l'appellante avrebbe potuto chiedere una ulteriore proroga, laddove avesse inteso tarare diversamente la propria proposta alla luce dell'avviso del 17 settembre 2021.

I presupposti per la proponibilità di un ricorso, alla stessa stregua di quanto stabilito dall'articolo 100 c.p.c., sono la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso.

Sotto il primo aspetto, la giurisprudenza ha stabilito che *“il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa ha il carattere di giurisdizione soggettiva e non di difesa dell'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa, alla stregua di un'azione popolare, e non ammette, pertanto, un ampliamento della legittimazione attiva al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (Cons. Stato sez. IV 6 dicembre 2013 n. 5830; sotto tale profilo cfr. anche Ad. Plen. n. 4/2011). La legittimazione processuale si rinviene solo in capo ai soggetti che presentino una posizione differenziata, in virtù della titolarità, a monte, di una posizione giuridica soggettiva sostanziale precipua. Il presupposto e nel contempo l'effetto è che nel processo amministrativo, fatta eccezione per ipotesi specifiche in cui è ammessa l'azione popolare (ad esempio il giudizio elettorale), non è consentito adire il relativo giudice unicamente al fine di conseguire la legalità e la legittimità dell'azione amministrativa, ove ciò non si traduca anche in uno specifico beneficio in favore di chi la propone, il quale, a sua volta, deve trovarsi in una situazione differenziata rispetto al resto della collettività e non sia un quisque de populo”* (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. I, parere n. 2032/2022).

Quanto al secondo presupposto, è stato stabilito che l'interesse al ricorso consiste nel vantaggio pratico e concreto che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa e deve sussistere sia al momento della proposizione del gravame sia al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificarne l'esistenza in

relazione a ciascuno di tali momenti (tra le tante, cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, 23 novembre 2020, n. 7337).

Nel caso in esame, l'appellante non ha dimostrato un suo interesse concreto ed attuale che sia stato leso dal mancato spostamento del termine per la presentazione delle offerte, ma si è limitata a domandarsi (cfr. pag. 24 dell'appello): *“tutti gli altri operatori che non avevano partecipato magari perché privi proprio di questa specifica come avrebbero potuto sapere della modifica e soprattutto come avrebbero potuto tempestivamente confezionare la propria offerta tecnico-economica?”*.

Il processo amministrativo non costituisce una giurisdizione di diritto oggettivo, volta a ristabilire una legalità che si assume violata, ma ha la funzione di dirimere una controversia fra un soggetto che si afferma leso in modo diretto, concreto e attuale da un provvedimento amministrativo e l'amministrazione che ha emanato tale provvedimento (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 17 aprile 2020, n. 2464, Consiglio di Stato, Sez. II, 20 giugno 2019, n. 4233, Consiglio di Stato, sez. IV, 1° giugno 2018, n. 3321, 19 luglio 2017, n. 3563).

Il terzo motivo deve, in conclusione, essere dichiarato inammissibile e non infondato.

1.4. Con la quarta doglianza, articolata con il ricorso per motivi aggiunti, Nova denuncia la mancata corrispondenza dell'offerta Roche con quanto previsto per la caratteristica minima identificata al numero 1 dell'allegato 1 del Capitolato speciale d'appalto, ai sensi del quale sono richiesti *“glucometri per la determinazione della glicemia da prelievo capillare (e dei chetoni) in grado di garantire una funzione di connettività – trasmissione dati - da installare presso²⁴ Reparti Ospedalieri indicati nel capitolato speciale d'appalto”*.

Secondo l'appellante, i dispositivi offerti avrebbero dovuto essere in grado di misurare sia la glicemia che i chetoni, con la conseguenza che, non avendo l'aggiudicataria offerto dei dispositivi idonei ad espletare contestualmente entrambe le indagini, la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa.

La sentenza resiste alla censura dedotta, atteso che, con argomentazioni condivisibili, ha ritenuto che *“l’articolo 1 del Capitolato Speciale d’appalto, rubricato “oggetto dell’appalto”, aveva circoscritto quest’ultimo, stabilendo che la gara riguardava “la fornitura di sistemi per il controllo della glicemia e dispositivi per il prelievo di sangue capillare, come specificati al successivo art. 3 (nel quale era presenti riferimenti esclusivamente alla “misurazione della glicemia e relativi materiali consumo”), occorrenti all’Azienda Ospedaliera Dei Colli”;*

nel descrivere il requisito di minima, il capitolato aveva richiesto (il requisito n. 1) “Glucometri per la determinazione della glicemia da prelievo capillare (e dei chetoni) in grado di garantire una funzione di connettività – trasmissione dati - da installare presso 24 Reparti Ospedalieri indicati nel capitolato speciale d’appalto”, così indicando tra parentesi la misurazione dei chetoni, a differenza di quella relativa alla misurazione della glicemia; l’Allegato 2 al Capitolato speciale d’appalto per il lotto 1 aveva individuato la tipologia e la quantità dei prodotti da offrire, precisando al punto 5 che la fornitura delle (5.000) strisce funzionali alla determinazione dei chetoni era soltanto opzionale (“Strisce reattive per la determinazione dei chetoni (opzionali)”.

Osserva, al riguardo, la Sezione che, in sede di formulazione dell’offerta economica, la stessa Nova non ha quotato le strisce per i chetoni, ma le ha indicate in sconto merce, quotandole, quindi, zero.

Anche il mezzo esaminato è infondato.

1.5 Con il quinto motivo di appello, Nova contesta l’attribuzione dei punteggi per i criteri 1, 7 e 12.

La censura non può trovare accoglimento.

Con motivazione che il Collegio condivide, la sentenza di *prime cure* ha preliminarmente delimitato il perimetro in cui è concesso il sindacato giurisdizionale di legittimità in ordine alle attività delle commissioni giudicatrici, senza sconfinamento del giudice in valutazioni che impingono nel merito dell’attività della p.a., premettendo che *“in base a principi più che consolidati, le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del*

giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, V, 28 ottobre 2015, n. 4942; id., IV, 21 settembre 2015, n. 4409; id., V, 26 maggio 2015, n. 2615)”.

Con riferimento al criterio indicato dal n. 1 (*“valutazione riguarderà le caratteristiche dei dispositivi per la misurazione in termini di dimensioni ridotte, maneggevolezza, particolarità del display, facilità di utilizzo, funzione di espulsione automatica della striscia”*), il Tar ha condivisibilmente stabilito che *“alcun profilo di irragionevolezza è ravvisabile nell'applicazione, da parte della commissione valutatrice, di tale criterio, poiché, in ragione del meccanismo di espulsione automatica connotante il dispositivo offerto dalla controinteressata, a quest'ultima è stato attribuito un punteggio maggiore (8), rispetto a quello riconosciuto all'aggiudicataria (6)”*, aggiungendo, con riguardo al criterio, prettamente discrezionale, previsto dal n. 7 (*Performance analitiche in riferimento a potenziali interferenti: Si valuterà l'assenza di interferenza per il maggior numero di sostanze con relativo range specifico*), che, *“come attestato dal RUP (cfr.: relazione prot. n. 35689/2022), l'analogo punteggio, attribuito ad entrambi i concorrenti, è stato determinato dalla circostanza che gli stessi avevano indicato il medesimo numero di sostanze di possibile interferenza, testando quest'ultima sulla base di un “range” pressoché identico sia per Nova Biomedical Italia Srl che per Roche Diagnostics. La Commissione, dunque, aveva logicamente basato il proprio giudizio, (medesimo punteggio alle due concorrenti) tenuto conto del numero di sostanze valutate, delle concentrazioni testate e dei “range” delle concentrazioni terapeutiche o fisiologiche indicate”*.

L'appellante contesta, infine, l'assegnazione a Roche di due punti, che pure Nova ha visto attribuirsi, per il requisito migliorativo 12.

In disparte le assorbenti considerazioni del Tar sulla decisiva portata della prova di resistenza (la sentenza gravata sottolinea che *“pur sottraendo all’offerta tecnica dell’aggiudicataria i due punti erroneamente riconosciuti in base al criterio 12 (criterio on/off), non essendo il dispositivo offerto pacificamente in grado di misurare anche i chetoni, il punteggio complessivo attribuito (98) sarebbe comunque superiore a quello riconosciuto alla ricorrente (92,13)”*), Roche ha espressamente dichiarato che lo strumento offerto consente anche di trasmettere i dati dei test, attraverso la funzionalità Inserimento Altri Test (LAT).

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, in conclusione, l’appello non può trovare accoglimento.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate equitativamente in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello (n.r.g. 9754/2022), come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo respinge.

Condanna l’appellante a rifondere le spese del presente grado del giudizio, che liquida in favore di ciascuna parte appellata in complessivi € 4.000,00, oltre spese generali e accessori.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Nicola D’Angelo, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luca Di Raimondo

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO