Pubblicato il 24/11/2020

N. 07345/2020REG.PROV.COLL.
N. 06408/2020 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6408 del 2020, proposto dalle società Dasit s.p.a., Instrumentation Laboratory s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Claudio De Portu, Francesco Tassone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'Avv. Claudio De Portu, in Roma, via Flaminia 354;

contro

Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio De Bellis", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Valla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Istituto dei Tumori Giovanni Paolo II - I.R.C.C.S. Bari non costituito in giudizio;

nei confronti

A. Menarini Diagnostics s.r.l., in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Domenico Iaria e Ivan Marrone,

con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il loro studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, 18 (Studio Legale Lessona) – *appellante incidentale*;

Technogenetics s.r.l. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00994/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio De Bellis";

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla società A. Menarini Diagnostics s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno19 novembre 2020, svolta in modalità da remoto, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Le appellanti principali, Dasit s.p.a. e Instrumentation Laboratory s.p.a., chiedono la riforma, previa sospensione della sua esecutività, della sentenza n. 994/2020, pubblicata in data 8.7.2020, con la quale il TAR per la Puglia-Bari, sez. II, ha respinto il ricorso (n.r.g. 1418/2019) proposto dal RTI odierno appellante avverso gli esiti conclusivi della <*Procedura telematica aperta in Unione di Acquisto tra l'IRCCS Saverio De Bellis e l'IRCCS Giovanni Paolo II per l'affidamento, in 16 lotti, della Fornitura "in service" di Sistemi Analitici completi*>, limitatamente al lotto n. 16 ("Autoimmunità + Farmaci biologici"), del valore pari a € 1.008.000,00 ed il cui oggetto era definito da apposita scheda tecnica (scheda n. 16).

1.1. E' utile fin d'ora evidenziare che la legge di gara, per quanto qui di più diretto interesse, consentiva la partecipazione anche alle ditte che non avessero offerto l'intero pannello dei reagenti/analiti richiesti dalla singola scheda tecnica, purché l'offerta avesse però coperto "*almeno la percentuale minima in misura non inferiore al 90% delle tipologie dei test obbligatorio, a pena di esclusione*". A tal fine, ove l'operatore non avesse raggiunto l'integrità ma, comunque, il 90% delle tipologie di test richiesti come obbligatori, era prevista espressamente la modalità di copertura virtuale (c.d. "riempimento"), a mente della quale "*i prodotti non coperti saranno valorizzati con il prezzo più alto tra quelli offerti dalle altre ditte concorrenti in gara*".

1.2. All'esito della svolta selezione, il RTI Dasit è risultato secondo (con 89,50 punti), di seguito al RTI Menarini (che ha ottenuto 94,07 punti), formato dalle imprese A. Menarini Diagnostics s.r.l. (mandataria) e Technogenetics s.r.l. (mandante), cui veniva aggiudicata la gara, che prevede un affidamento di durata quinquennale della fornitura in argomento.

1.3. In prime cure, Dasit deduceva che l'aggiudicatario RTI Menarini avrebbe dovuto essere escluso per l'incompletezza dell'offerta o, comunque, conseguire un punteggio per la qualità dell'offerta presentata inferiore a quello riconosciuto con conseguente aggiudicazione della commessa all'odierna appellante. Si costituiva la controinteressata Menarini, che spiegava ricorso incidentale.

All'esito del giudizio, con la decisione qui gravata, il TAR respingeva il ricorso principale e, per l'effetto, dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

2. Avverso la suddetta decisione le appellanti deducono a sostegno della spiegata azione impugnatoria:

a) che la sentenza appellata sarebbe erronea, anzitutto, nella parte in cui non ha rilevato che il Rti Menarini avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per avere omesso di offrire un kit di reagenti essenziale - "ZENIT AMiDot Reagent Pack"- all'esecuzione dei test con metodica *blot o microarray*;

b) nella prospettiva attorea, il Rti Menarini avrebbe dovuto, inoltre, essere escluso dalla gara di interesse per avere offerto un quantitativo di reagenti non sufficiente a coprire il fabbisogno stimato con riguardo ai parametri nn. 17, 18 e 20 (Transglutaminasi IgA, Transglutaminasi IgG e AMA) siccome fino al 60% e al 77% in meno rispetto ai quantitativi indicati nella scheda tecnica, non potendo ritenersi sul punto conferenti le argomentazioni del TAR nella parte in cui rilevano il rispetto della soglia minima di ammissibilità fissata dalla legge di gara nel 90 % dei prodotti richiesti;

c) per le medesime ragioni di cui al punto che precede, la sentenza appellata sarebbe erronea nella parte in cui non ha rilevato che il Rti Menarini avrebbe inoltre offerto un quantitativo di reagenti non sufficiente a coprire il fabbisogno stimato con riguardo ai parametri nn. 39, 40, 41, 42 (test di conferma di II° livello per le patologie indicate con tecnologia blot o microarray). Anche con riferimento agli analiti ENA, Miositi, Vasculiti, Epatopatie l'offerta del RTI aggiudicatario sarebbe largamente insufficiente rispetto al fabbisogno annuo indicato dalla S.A.

d) il TAR non avrebbe, infine, rilevato che il Rti Menarini avrebbe meritato un minor punteggio con riguardo al sub criterio n. 4 della scheda tecnica relativa al lotto 16, relativo a "*Minor tempo complessivo necessario per l'avvio della seduta analitica: avviamento, controlli strumentali, ricostituzione reagenti, controlli e calibratori, ecc", con modalità di attribuzione proporzionale del punteggio (4 punti) rispetto al sistema più performante in termini di tempi di avvio*".

L'offerta aggiudicata non indicherebbe il tempo che il sistema impiega (anche in automazione, ad un orario antecedente rispetto all'inizio dell'attività lavorativa) per eseguire l'avviamento ed, inoltre, non terrebbe conto del tempo necessario per la ricostituzione dei reagenti stimato nella stessa documentazione del RTI aggiudicatario in 40/60/240 minuti a seconda del parametro a bordo della strumentazione.

3. Resiste in giudizio la controinteressata Menarini che, a sua volta, ha spiegato ricorso incidentale chiedendo l'esclusione dell'appellante principale

per le seguenti ragioni, non esaminate in prime cure siccome assorbite nella statuizione di improcedibilità del mezzo conseguente al rigetto del ricorso principale:

a) la legge di gara (pag. 2 della Scheda Tecnica allegata al capitolato) è previsto, tra i "Requisiti Minimi Strumento" il seguente: "*Reagenti Pronto Uso*. Tale qualità non sarebbe presente nei reagenti "*Quanta Flash ENA7*" proposti per lo strumento "*BioFlash*"(stesso discorso per kit "*CTD SCREEN E CCP3*"), che necessitano di diluizione e attivazione (o "risospensione") tramite apposita soluzione tampone che viene fornita separatamente;

b) in via subordinata al primo motivo di appello incidentale, l'appellante incidentale deduce che anche il RTI Dasit è stato ammesso alla gara nonostante avesse offerto un quantitativo complessivo di reagenti inferiore a quelli necessari, segnatamente quanto ai reagenti per le calibrazioni e i controlli (offerti in 21.500 unità in luogo di quelli richiesti, pari a 49.920).

3.1. Resiste, altresì, in giudizio l'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio De Bellis.

3.2. All'udienza camerale del 10.9.2020, con ordinanza n. 5248 dell'11.9.2020, la Sezione ha preso atto della rinunzia delle appellanti all'istanza di sospensione della esecutività della sentenza appellata.

3.3. All'udienza del 19.11.2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. L'appello principale è infondato e, pertanto, va respinto. Consegue, attesa la sua valenza condizionata, l'improcedibilità dell'appello incidentale.

4.1. Con una prima, articolata censura il RTI appellante deduce che la sentenza appellata sarebbe erronea, anzitutto, nella parte in cui non ha rilevato che il RTI Menarini avrebbe dovuto essere escluso dalla gara di interesse per avere omesso di offrire un kit di reagenti essenziale all'esecuzione dei test con metodica *blot o microarray*.

Il rivendicato effetto espulsivo trarrebbe alimento dal disposto dell'art. 18 del disciplinare di gara, che sanziona con l'esclusione le offerte parziali, plurime, condizionate, alternative, nonché irregolari. In particolare, l'aggiudicataria

avrebbe omesso di menzionare nell'offerta economica il reagente "*ZENIT AMiDot Reagent Pack*", recante il codice 43888 e non lo avrebbe neppure quotato nel canone, non essendo tale prodotto inserito nell'elenco dei prodotti c.d. consumabili e, quindi, offerti in sconto merce.

Inoltre il pacchetto di reagenti in questione viene ordinariamente venduto separatamente.

4.2. Di contro, il Collegio ritiene condivisibili le argomentazioni che reggono la qui avversata reiettiva e che valorizzano il fatto che, alla stregua delle corrispondenti prescrizioni capitolari, il KIT in argomento, in quanto contenente solo prodotti consumabili dedicati (*Diluente per i sieri, Buffer di lavaggio, Buffer di attivazione e coniugato (IgA e IgG)*", ricade tra quelli richiesti in sconto merce e risulta fornito a completamento dei reagenti offerti per i test qui in rilievo.

4.3. Ne discende che non occorreva una esplicita quotazione economica siccome già contemplati nell'offerta in argomento, come fatto palese dalla loro esplicita menzione nell'offerta tecnica, di guisa che la loro separata evidenziazione nell'offerta economica non può ritenersi essenziale né tantomeno presidiata da una sanzione di tipo espulsivo. L'esplicita indicazione anche nell'offerta economica dei prodotti in questione assolve, infatti, ad una funzione meramente riepilogativa che agevola la stazione appaltante nella ricognizione dell'intera gamma dei prodotti di cui si compone l'offerta, ma non condiziona l'individuazione dei contenuti dell'offerta in questione per le ragioni suesposte né compromette la spedizione del relativo ordine da parte dell'Amministrazione.

4.4. Con l'ultima memoria le appellanti hanno contestato, in apice, la stessa ascrivibilità dei prodotti qui in rilievo al *genus* dei cd. consumabili ritenendo, viceversa, che dovessero essere considerati come kit di reagenti in senso stretto. Sul punto, rileva il Collegio che, anzitutto, tale contestazione del capo di sentenza non è contenuta nell'atto di appello e, ad ogni buon conto, anche a voler escludere la valenza accessoria dei prodotti qui in rilievo, *quod non*, la

rivendicata esclusione non sarebbe stata, comunque, predicabile con la pretesa automaticità, trovando applicazione la cd. clausola di riempimento prevista dalla legge di gara (scheda tecnica relativa al lotto n. 16) sulla quale ci si soffermerà *funditus* in prosieguo.

5. Sotto distinto profilo, deducono le appellanti che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara di interesse per avere offerto un quantitativo di reagenti non sufficiente a coprire il fabbisogno stimato con riguardo ai parametri nn. 17, 18 e 20 (Transglutaminasi IgA, Transglutaminasi IgG e AMA), riscontrandosi fino al 60% e al 77% in meno rispetto ai quantitativi indicati nella scheda tecnica. Né assumerebbe rilievo, contrariamente a quanto erroneamente ritenuto dal TAR, il fatto che la legge di gara prevedesse l'ammissibilità delle offerte che presentassero almeno il 90% delle tipologie di prodotti obbligatori.

Ed, invero, pur coprendo da un punto di vista tipologico l'intera gamma dei test richiesti, l'offerta Menarini sarebbe deficitaria da un punto di vista quantitativo di guisa che nel caso di specie, risultando offerto (sotto il profilo qualitativo della tipologia) l'intero pannello di analiti, non poteva trovare applicazione il meccanismo compensativo previsto dalla legge di gara. Parimenti, nemmeno sarebbero conferenti le ulteriori argomentazioni del giudice di prime cure nella parte in cui impingono nella valenza solo orientativa e di massima dei quantitativi da indicarsi in offerta, trattandosi di profili rilevanti solo *in executivis*.

La censura, in disparte l'eccezione di inammissibilità per divieto dei cd. *nova* sollevata dall'Amministrazione resistente, non ha pregio.

5.1. Vale premettere che la scheda di riferimento per il lotto n. 16, qui in rilievo, prevede che "*La partecipazione alla gara è consentita anche a Ditte che non offrano tutto il pannello di analiti richiesti, ma almeno la percentuale minima in misura non inferiore al all' 90% delle tipologie dei test obbligatori, a pena esclusione. La Ditta con la presentazione dell'offerta accetta espressamente la modalità di copertura virtuale (c.d. riempimento), a norma del quale, laddove la Ditta offerente non raggiunga l'integralità ma,*

comunque, copra almeno il 90% delle tipologie di analiti richiesti, ai soli fini della valutazione economica, i prodotti non coperti saranno valorizzati con il prezzo più alto tra quelli offerti dalle altre ditte concorrenti in gara. In più i prodotti richiesti devono rispondere alle caratteristiche minime, a pena esclusione".

5.2. Ad una piana lettura del richiamato precetto appare di tutta evidenza che, nel consentire la partecipazione alla competizione selettiva dell'operatore che avesse assicurato "*almeno la percentuale minima in misura non inferiore al 90% delle tipologie di test obbligatori*", la disciplina di gara ponesse una soglia minima di ammissione espressa in termini qualitativi. Una volta, però, assicurata detta soglia (ovvero fino al 90% delle 54 tipologie richieste), e dunque ritenuta ammissibile l'offerta, ogni forma di sottostima quantitativa nei prodotti offerti – e quindi non quotata nell'offerta economica – sarebbe stata surrogata dal punto di vista economico attraverso il meccanismo del riempimento e fino alla concorrenza del 100%, applicando il prezzo offerto, appunto per quella tipologia di test, dal concorrente che avesse praticato il prezzo più alto.

E ciò – come evidenziato nel precedente di questa Sezione citato dalla stessa appellante – onde "*ricostruire, ai fini dello scrutinio funzionale all'assegnazione del relativo punteggio, un'offerta economica adeguatamente bilanciata, che copra l'intero ventaglio dei prodotti richiesti per soddisfare il fabbisogno della stazione appaltante*" (Cons. Stato, III, n. 1710 del 9.3.2020). L'applicazione della clausola di riempimento si rivela, infatti, necessaria per consentire, nel rispetto della *par condicio*, un corretto confronto tra le offerte economiche presentate. I quantitativi espressi dalla legge di gara, pur assumendo sul piano esecutivo una valenza solo indicativa del fabbisogno dell'Amministrazione assumono, viceversa, sul versante soggettivo dei concorrenti rilievo cogente quanto al confezionamento delle offerte economiche che altrimenti nemmeno sarebbero comparabili in quanto potrebbero essere confezionate dal singolo operatore sulla base di dati disomogenei o, comunque, "liberamente" interpretabili.

Si rende, dunque, necessario, alla stregua della legge di gara, una volta assicurata la soglia di ammissibilità (90% delle tipologie di analiti obbligatori) riportare, sul piano quantitativo, in pareggio le offerte (fino al 100 % dei prodotti richiesti), facendo ricorso per la quotazione economica dei prodotti mancanti al previso meccanismo regolato dalla clausola di riempimento che applica il criterio del prezzo offerto, per i test mancanti, dal concorrente che abbia praticato il prezzo più alto.

5.3. Orbene, così ricostruito il contenuto precettivo della disciplina di gara, deve rilevarsi che il costrutto giuridico delle appellanti risulta fuorviato dall'impropria introduzione di una condizione all'operatività della clausola di riempimento non ravvisabile nel suindicato quadro regolatorio.

Segnatamente, le appellanti assumono che, avendo il RTI Menarini offerto tutte e 54 le tipologie di analiti, il suddetto aggiudicatario avrebbe dovuto incondizionatamente offrire il 100% del numero di test richiesti per l'intera fornitura quinquennale, inclusi i tre parametri risultati insufficienti, senza poter beneficiare della clausola di riempimento.

Tale opzione esegetica non trova però conforto nel suindicato precetto, consentendo la *lex specialis*, come fatto palese dal chiaro significato delle proposizioni letterali all'uopo utilizzate, l'applicazione della clausola in argomento in ogni caso di deficienza quantitativa dei prodotti offerti e non, come erroneamente ritenuto dalle appellanti, rispetto ai soli test rientranti nelle tipologie "non offerte".

Non è superfluo rammentare, che, nell'interpretare la legge di gara, occorre privilegiare il valore semantico delle proposizioni utilizzate nelle singole clausole evitando qualsiasi percorso ermeneutico che conduca all'integrazione delle regole di gara e per questa via faccia emergere significati delle clausole ulteriori ed estranei rispetto a quelli contenuti nel perimetro dei possibili significati delle disposizioni, dovendosi qui ribadire che l'interpretazione della *lex specialis* soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 c.c. e ss., tra le quali assume portata

decisiva quella che valorizza l'interpretazione letterale (così, tra le molte, Cons. Stato, Ad. plen., n. 7/2013; III, n. 3715/2018; V, n. 4684/2015).

5.4. Né le appellanti hanno dimostrato – attraverso la prova cd. di resistenza – l'insufficienza del ricorso al criterio di "*copertura virtuale*" all'uopo evidenziando, quale conseguenza dell'incremento economico figurativo dell'offerta del RTI aggiudicatario e di una revisione del relativo punteggio, il possibile ribaltamento dei valori finali che reggono la graduatoria approvata e, dunque, una concreta incidenza delle contestate omissioni sul risultato della gara.

6. Le medesime ragioni suesposte valgono a neutralizzare le ulteriori censure riferite all'insufficienza dell'offerta aggiudicata rispetto ai parametri nn. 39, 40, 41, 42 (test di conferma di II° livello per le patologie indicate con tecnologia blot o microarray) e che replicano la stessa trama logica, di cui si è sopra evidenziata la non aderenza ai contenuti regolatori della disciplina di gara.

7. Con ultimo motivo di gravame, le appellanti deducono che il Rti Menarini avrebbe meritato un minor punteggio con riguardo al sub criterio n. 4 della scheda tecnica per il lotto 16, relativo a "*Minor tempo complessivo necessario per l'avvio della seduta analitica: avviamento, controlli strumentali, ricostituzione reagenti, controlli e calibratori, ecc", con modalità di attribuzione proporzionale del punteggio (4 punti) rispetto al sistema più performante in termini di tempi di avvio*".

Segnatamente, l'offerta del RTI Menarini non "risponderebbe" alla precisa richiesta della legge di gara, in quanto non indicherebbe il tempo che il sistema impiega per eseguire l'avviamento. Inoltre, non risulterebbero esplicitate le tempistiche necessarie per la ricostituzione dei reagenti, la cui incidenza, viceversa, sarebbe significativa: il sistema Zenit RA necessita, per il caricamento di una nuova cartuccia reagente, di un'agitazione dello stesso di 40/60/240 minuti a seconda del parametro a bordo della strumentazione.

7.1. Contrariamente a quanto sostenuto nel mezzo qui in rilievo, il RTI Menarini ha fornito riscontro al quesito in argomento accreditando il sistema offerto come non bisognevole di tempi per l'avviamento operativo (…*L'avvio*

della seduta analitica è immediato…) in quanto fornito di *start up* automatico che consente di programmare in anticipo la routine ed iniziare a processare i campioni non appena arrivino in laboratorio.

7.2. Nello scrutinio della complessiva performance afferente al criterio premiale qui in rilievo la valutazioni svolte dalla commissione in via di sintesi, contraddistinte da ampia discrezionalità, non si rivelano né erronee né manifestamente illogiche, non avendo le appellanti dimostrato la pretesa incidenza su tale standard di rendimento della fase di ricostituzione dei reagenti. Sul punto, infatti, non trovano smentita i rilievi contenuti nel *decisum* di prime cure nella parte in cui evidenziano che i suddetti tempi di preparazione vengono neutralizzati dal fatto che è possibile inserire più cartucce di reagente senza, dunque, condizionamenti di sorta sull'operatività del sistema, che può svolgere gli esami in argomento utilizzando sempre la cartuccia disponibile.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello principale va respinto.

Ne discende l'improcedibilità dell'appello incidentale condizionato.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

a) respinge l'appello principale;

b) dichiara improcedibile l'appello incidentale;

c) condanna le appellanti principali, in solido, al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, liquidate in € 2.500,00 in favore di ciascuna parte intimata costituita.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020, svolta in modalità da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Umberto Maiello	**Franco Frattini**

IL SEGRETARIO