



[Indietro](#)

Publicato il 03/07/2018

**N. 04054/2018REG.PROV.COLL.  
N. 00446/2018 REG.RIC.**

 logo

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 446 del 2018, proposto da Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti e Alberto Della Fontana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Riccardo Villata in Roma, via G. Caccini n. 1;

*contro*

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

*nei confronti*

- B. Braun Avitum Italy S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Lazzaretti in Roma, largo di Torre Argentina 11;

- Spindial S.p.A. Socio Unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

- Bellco S.r.l., in persona del legale

rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato  
Piero Fianza, con domicilio  
digitale come da PEC da Registri di  
Giustizia e domicilio fisico presso la  
Segreteria III Sezione Consiglio Di  
Stato in Roma, piazza Capo di  
Ferro 13;

- Fresenius Medical Care Italia  
S.p.A., in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avvocati  
Fabio Todarello, Giuseppe Fuda e  
Franco Gaetano Scoca, con  
domicilio digitale come da PEC da  
Registri di Giustizia e domicilio  
eletto presso lo studio Franco  
Gaetano Scoca in Roma, via  
Giovanni Paisiello n. 55;

- Nipro Europe Nv, in persona del  
legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato  
Giorgio Fraccastoro, con domicilio  
digitale come da PEC da Registri di  
Giustizia e domicilio eletto presso il  
suo studio in Roma, via Piemonte  
39;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 12450/2017, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva a favore delle società Fresenius Medical Care Italia S.p.A., B. Braun Avitum Italy S.p.A., Spindial S.p.A., Bellco s.r.l., Nipro Europe N.V., della gara a procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art.54, comma 4, lett. a), del D.Lgs. n.50/2016, relativo alla fornitura in "*service*" di trattamenti di dialisi extracorporea;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A., B. Braun Avitum Italy S.p.A., Spindial S.p.A. Socio Unico, Bellco S.r.l., Fresenius Medical Care Italia S.p.A. e Nipro Europe Nv;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Riccardo Villata, Anna Mazzoncini su delega di Damiano Lipani, Michele Guzzo su delega di Giorgio Fraccastoro, Piero Fidanza, Giuseppe Fuda, Mario Zoppellari e Giuseppe Franco Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

I. Con bando di gara pubblicato sulla GUUE del 24 settembre 2016, Consip ha indetto una gara a procedura aperta, in un unico lotto e per una base d'asta complessiva di € 90.550.000,00 per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54 co. 4 lett. a) d.lgs. n. 50/2016, relativo alla fornitura in "*service*" di trattamenti di dialisi extracorporea (trattamenti di emodialisi tampone bicarbonato a basso flusso "HD" e

trattamenti di emodiafiltrazione *on line* “HDF *on line*”).

Queste le caratteristiche salienti della gara;

- durata prevista dell'accordo quadro: 12 mesi, decorrenti dalla data di attivazione e prorogabili di ulteriori 12 mesi;

- 5 anni, la durata dei successivi contratti di appalto con le singole amministrazioni;

- aggiudicazione dell'accordo quadro con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e in favore di più operatori economici, il cui numero sarebbe stato determinato in ragione del numero di offerte valide ricevute, come da apposita tabella di corrispondenza.

Entro il termine del 7 novembre 2016, pervenivano le offerte dell'appellante e delle società appellate; il successivo 8 novembre 2016, Consip nominava la commissione giudicatrice di gara all'esito dei cui lavori veniva disposta l'aggiudicazione definitiva

in favore delle società odierne appellate Fresenius Medical Care Italia SpA (in seguito anche solo: Fresenius); B. Braun Avitum Italy SpA (anche solo Braun), Spindial SpA, Bellco srl, Nipro Europe NV (anche solo Nipro), aggiudicazione comunicata via PEC da Consip, con nota 1 agosto 2017, a Baxter, che risultava esclusa per essersi classificata, con un punteggio totale di 48,397, al sesto ed ultimo posto della graduatoria, essendo invece stabilito in cinque il numero degli operatori economici aggiudicatari dell'accordo quadro.

Baxter impugnava avanti al Tar Lazio gli atti di gara, lamentando, in sintesi, che:

- 1) la nomina della commissione, in particolar modo per quanto riguarda la nomina dei componenti esterni Dr. Massimo Morosetti e Dr. Giuseppe Quintiliani, sarebbe stata effettuata in palese violazione delle regole di competenza e trasparenza stabilite da Consip stessa, con particolare riferimento

alla formazione dell'elenco dei candidati e al relativo sorteggio;

2) il commissario Dr. Massimo Morosetti sarebbe risultato in posizione di incompatibilità, posto che lo stesso avrebbe intrattenuto e intratterrebbe un rapporto di consulenza e collaborazione con le aggiudicatrici Fresenius e Spindial SpA;

3) in via espressamente graduata e subordinata, nell'ipotesi di non accoglimento dei primi due motivi di doglianza, Baxter deduce che Spindial, Nirpo e Braun avrebbero violato il capitolato d'oneri, avendo esse presentato - ai fini della dimostrazione del possesso di determinate caratteristiche tecniche migliorative dei propri dispositivi medici - documenti non predisposti e non forniti dal produttore.

Detraendo, pertanto, i punteggi alle stesse assegnati per i relativi parametri [rispettivamente: 6 punti a Spindial (parametri V3, V4, V11) e a Nirpo (parametri V2, V11 e V32); 5 punti a Braun (parametri

V1 e V33)], Baxter sopravanzerebbe nella graduatoria finale Nipro e Spindial, con conseguente aggiudicazione dell'accordo quadro; mentre anche il punteggio di Braun dovrebbe essere ridotto a p. 49,305;

4) con riguardo alla valutazione della caratteristica tecnica migliorativa tabellare V4 (possibilità di passare da metodica con ago doppio a quella ad ago singolo e viceversa con doppia pompa, senza cambiare linee né dover interrompere il trattamento), Baxter contesta, da una parte, l'errata assegnazione del punteggio di 1,5 ai concorrenti Nipro, Spindial e Fresenius; dall'altra, l'erronea mancata assegnazione del medesimo punteggio alla propria offerta.

La conseguenza sarebbe il superamento - da parte di Baxter - di Braun, in virtù del punteggio di quest'ultima come sopra ridotto;

5) Baxter contesta, infine, la mancata assegnazione in proprio

favore del punteggio relativo alla caratteristica tecnica migliorativa tabellare V8 (dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell'accesso vascolare) e deduce che il chiarimento n. 2 fornito - in proposito e in senso restrittivo - dalla stazione appaltante sarebbe inammissibile, in quanto modificerebbe la legge di gara.

In forza di quanto sopra, il punteggio totale di Baxter ammonterebbe a punti 52,897, consentendole di sopravanzare in graduatoria anche Bellco (punti 52,117) e di collocarsi così al secondo posto dopo Fresenius.

II. Con sentenza in forma semplificata 18/12/2017, n. 12450, la Sezione Seconda del Tar Lazio ha respinto il ricorso di Baxter, all'esito di un percorso argomentativo con cui il primo Giudice:

a) ha ritenuto fondata, con diffusa motivazione, l'eccezione di inammissibilità dei primi due motivi

di ricorso, sollevata da Braun, Spindial e Fresenius, le quali sostenevano che il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice avrebbe dovuto essere impugnato, in quanto immediatamente lesivo, entro il termine di decadenza decorrente dalla relativa data di pubblicazione (22 novembre 2016) sul profilo del committente di Consip, unitamente ai *curricula* dei singoli componenti prescelti;

b) ha ritenuto, comunque, infondato il primo motivo di ricorso, posto che:

- in data 30 novembre 2015, attesa la mancanza in organico di adeguate professionalità e onde acquisire i profili necessari tra i quali individuare i commissari esterni, è stato pubblicato sul portale "*acquistinretepa*" il "censimento per selezione commissari esterni", rivolto a funzionari di amministrazioni esperti nello specifico settore e contenente

l'indicazione dei requisiti agli stessi richiesti;

- all'esito del suddetto censimento *on line*, sono state acquisite 21 candidature e relativi *curricula* di funzionari operanti nell'ambito di aziende del S.S.N., esperti nell'ambito dei trattamenti dialitici extracorporei;

- come risulta dallo scambio di corrispondenza intercorso tra Consip (*mail* 28 ottobre 2016 di quest'ultima) ed i singoli medici, tra le 21 candidature proposte soltanto 10 medici hanno manifestato la disponibilità a presenziare alla prima seduta pubblica di apertura delle offerte fissata per l'8 novembre 2016;

- di conseguenza, Consip ha provveduto il 3 novembre 2016, mediante il sistema informatico SIGEF, all'esecuzione del sorteggio di cui all'art. 2, comma 3, del proprio regolamento interno, all'esito del quale sono stati individuati i due componenti effettivi della Commissione tecnica,

vale a dire i dottori Massimo Morosetti e Giuseppe Quintaliani, la cui estrazione è avvenuta in maniera automatica e del tutto casuale;

- “trattandosi di procedura informatizzata, la verbalizzazione cartacea è sostituita ed anzi è essenzialmente costituita proprio dai passaggi automatizzati del sistema, il cui accadimento è riscontrabile *per tabulas*”, per cui non occorre un’ulteriore e distinta verbalizzazione;

- quanto alla doglianza relativa alla circostanza che il sorteggio sarebbe stato effettuato non già fra tutti i 21 professionisti di cui era stata accettata la candidatura a seguito del censimento pubblico effettuato da Consip, bensì tra una più ristretta rosa di 10 candidati (i quali soli avrebbero risposto alla *mail* del 28 ottobre 2016 inviata da Consip), il Tar ha disatteso, siccome indimostrata e apodittica, sia la censura secondo cui la fissazione della prima seduta della

commissione, fatta entro un termine brevissimo, avrebbe di fatto estromesso parte dei candidati; sia quella per cui non sarebbe avvenuta la corretta evocazione di tutti i candidati, poiché talune *mail* sarebbero state mandate ad indirizzi diversi rispetto a quello indicato nelle candidature: e ciò, stante che *in contrario* “milita il principio previsto dall'art. 1335 c.c., il quale predica una presunzione di conoscibilità della comunicazione dell'atto indirizzato al verosimile domicilio del destinatario (domicilio non contestato dal ricorrente, il quale avrebbe dovuto provare l'erroneità dell'indirizzo *mail* e non la semplice non coincidenza con l'altro indirizzo pure indicato dal professionista)”;

c) ha rigettato, nel merito, “il secondo motivo di ricorso, inerente la situazione di asserita incompatibilità, nonché conflitto di interesse, in cui verserebbe il dott. Morosetti”, in quanto:

- “non costituisce invero causa di incompatibilità o di astensione la mera circostanza affermata da Baxter Spa, secondo la quale il dott. Morosetti avrebbe assunto nel 2010 l'incarico di consulente tecnico di parte di Spindial Spa nell'ambito di un diverso giudizio pendente avanti al TAR Brescia.

Trattasi infatti di vertenza definita in primo grado con sentenza del 2011 e nello stesso anno risolto in appello”: attività, dunque, “risalente nel tempo che non può incidere sulla imparzialità del professionista. Ciò senza considerare che i tecnici nella materia non sono, per forza di cose, numerosissimi e che gli esperti vengono scelti tra un ristretto numero di professionisti”;

- inoltre, il suddetto professionista ha chiarito, in risposta a richiesta Consip del 19 settembre 2017, che il parere redatto nel novembre del 2010 in favore di Spindial (relativo ad un contenzioso inerente la gara indetta dalla ASL Vallecamonica — Sebino per il *service* di dialisi) era

stato prestato a titolo gratuito, si era concretizzato in una semplice conferma di un mero fatto storico a sua conoscenza e nella valutazione di idoneità di una apparecchiatura prodotta dalla stessa Baxter;

- relativamente al secondo profilo sollevato da Baxter, secondo cui il Dott. Morosetti sarebbe attualmente il consulente tecnico di Fresenius nell'ambito di un giudizio pendente dinanzi TAR Lombardia, sede di Milano (recante R.G. n. 2483/2015) promosso dalla medesima Baxter SpA, l'accusa non sarebbe provata e si baserebbe su di una indimostrata interpretazione dell'invio di una *mail* tra il CTU nominato nel detto giudizio ed il CTP di Fresenius (dott. Brambilla), quando, invece, si tratterebbe di <un verosimile equivoco in cui è incorso il perito d'ufficio nell'inviare la *mail*, invece che al CTP designato, al dott. Morosetti; senza che, in assenza di più solidi riscontri, da ciò possa inferirsi la tesi prospettata da Baxter e cioè che dietro al CTP

dott. Brambilla agisca, quale, per così dire, "perito ombra", il medesimo dott. Morosetti>;

d) ha rilevato l'infondatezza dei restanti motivi di ricorso, riguardanti l'erroneità del giudizio valutativo formulato dalla commissione, e nello specifico:

d1) del terzo motivo di ricorso, in quanto le tre società Spindial, Nipro e Braun sono le rappresentanti commerciali (in Europa e in Italia) delle aziende produttrici dei beni offerti in gara dalle predette società e presso le sedi (europee e italiana) di tali società sono presenti siti produttivi dei dispositivi medici oggetto di offerta, per cui correttamente la Commissione giudicatrice avrebbe ritenuto che la documentazione fornita dai menzionati concorrenti potesse essere qualificata quale proveniente dal produttore delle apparecchiature offerte, risultando conseguentemente idonea a comprovare l'effettiva sussistenza delle caratteristiche tecniche

migliorative proposte, come peraltro poi riscontrato dalla stessa Commissione nel corso della verifica tecnica eseguita sulle apparecchiature medesime presso alcune strutture ospedaliere.

In sintesi, i documenti offerti per certificare il possesso delle caratteristiche migliorative sarebbero “sostanzialmente coincidenti ovvero comunque equipollenti a quelli richiesti dalla legge di gara, non potendosi dare dubbi in ordine alla provenienza e alla significatività degli stessi”;

d2) dei motivi di ricorso 4 e 5, poiché:

- le contestazioni ivi mosse sarebbero inammissibili alla stregua dei “consolidati principi in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche operate dalle commissioni in sede di gara, principi che impediscono un controllo sostitutivo e che prescrivono viceversa un sindacato giudiziale limitato al solo controllo circa l'insussistenza di manifeste

illogicità e/o travisamenti palesi di fatti”;

- inoltre, sarebbe da disattendere la contestazione di Baxter laddove, in riferimento all'applicazione del criterio di valutazione di cui al punto V8, lamenta che la commissione avrebbe mutato le regole di gara mediante la risposta al chiarimento n. 2: invero, la risposta al quesito formulato avrebbe semplicemente esplicitato la portata del criterio previsto dalla *lex specialis*, spiegando che dal dispositivo offerto dal concorrente dovesse emergere la misura del ricircolo, onde consentire al medico di monitorare l'eventuale situazione di criticità del paziente;

- sarebbe, di conseguenza, plausibile e non censurabile il giudizio tecnico con cui la commissione ha ritenuto di non poter valorizzare l'offerta di Baxter, nella considerazione “che il dispositivo medico offerto dalla ricorrente consentiva solo una rilevazione fissa del ricircolo, risultando così meno idonea a

controllare l'andamento della circolazione extra corporea del paziente sottoposto a trattamento”.

*III.* Avverso tale sentenza, Baxter ha interposto il presente atto di appello, che si articola nei seguenti motivi:

A. SUI PROFILI  
CONCERNENTI LA NOMINA  
DELLA COMMISSIONE

1. la statuizione di irricevibilità sarebbe erronea, poiché il provvedimento di nomina della commissione non sarebbe affatto immediatamente lesivo e opinare in senso contrario imporrebbe a tutti i concorrenti di proporre ricorso a prescindere dal concreto futuro esito della procedura;

2. sussisterebbe la violazione dei criteri di nomina della Commissione, in quanto:

- l'individuazione dei commissari esterni è avvenuta in epoca anteriore al termine di presentazione delle offerte;
- la necessità di verbalizzazione del sorteggio sarebbe stata riconosciuta

dalla stessa Consip, la quale nel giudizio di primo grado ha depositato un verbale/attestazione datato 24 ottobre 2017, concernente le operazioni di sorteggio che sarebbero state effettuate un anno prima (3 novembre 2016);

- né sarebbero idonee, in assenza di apposita tracciatura prescritta dal punto 3.1. del Capitolato, le “schermate” depositate sempre in primo grado da Consip, che non descrivono neppure le operazioni effettivamente svolte dalla commissione, rispetto alle 12 effettive da eseguire secondo la stessa relazione tecnica depositata sempre da Consip;

- la rosa di candidati commissari sarebbe stata illegittimamente ridotta, poiché la brevità del termine tra l'invio delle richieste di disponibilità e l'inizio delle operazioni di gara rappresenterebbe un dato incontrovertibile (11 giorni); inoltre, non poteva operare la presunzione ex art. 1335 c.c., che

richiede non solo l'invio, ma pure l'effettivo arrivo della corrispondenza all'indirizzo del destinatario, non provato da Consip che non ha utilizzato il sistema di posta certificata e nel caso del dott. Loschiavo ha inviato la richiesta di disponibilità all'indirizzo (ordinario) di mail diverso rispetto a quello istituzionale, in origine indicato dall'interessato nel proporre la propria candidatura;

3. il dott. Morosetti verserebbe in situazione di incompatibilità, dato che le norme del D. Lgs. 50/2016 (artt. 77 e 42) e del c.p.c. (art. 51) non prevedono alcun limite temporale sotto questo profilo e, in ogni caso, la corrispondenza relativa al giudizio n. 2483/15 pendente innanzi al T.A.R. Lombardia dimostrerebbe - a prescindere dalla circostanza che il dott. Morosetti abbia o meno rivestito un qualche ruolo formale nel suddetto giudizio - l'esistenza di rapporti recenti con un concorrente, poi divenuto

aggiudicatario nella procedura valutata dal medesimo commissario, classificandosi addirittura al primo posto della procedura.

Di qui la conferma che quanto meno motivi di opportunità avrebbero consigliato l'astensione del dott. Morosetti, mentre Consip non avrebbe avuto difficoltà alcuna a provvedere alla sua sostituzione.

#### B.- SUI MOTIVI RELATIVI ALL'ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI

Le tesi del T.A.R. al riguardo sarebbero erranee in quanto:

- deve in realtà escludersi la presenza di siti produttivi dei dispositivi presso le società controinteressate;
- non risulta neppure dimostrato che le controinteressate siano state espressamente designate ex art. 1, lett. *f* e *i bis*, d.lgs. 46/97 quali mandatarie da parte delle società produttrici;
- non sarebbero applicabili i principi in tema di discrezionalità tecnico/amministrativa, poiché

Baxter aveva prospettato profili di illegittimità, riproposti nella presente sede di appello, riguardanti “caratteristiche tabellari, aventi come tali carattere vincolato”;

- nell'escludere l'illegittimità dell'operato di Consip, affermando che il passaggio del trattamento ad ago doppio a quello ad ago singolo non rappresenterebbe una manovra di ordinaria assistenza dialitica (trattandosi di intervento legato a situazioni impreviste di emergenza), il primo Giudice avrebbe trascurato che il capitolato non distingueva in alcun modo tra manovre ordinarie ed emergenziali, limitandosi a richiedere in termini oggettivi il passaggio da metodica con ago doppio a quella ad ago singolo con doppia pompa;

- il “chiarimento” fornito da Consip avrebbe indebitamente integrato le disposizioni della *lex specialis*, poiché in essa non vi sarebbe stata traccia alcuna della caratteristica, ritenuta dal primo giudice “immanente al criterio valutativo”, per cui dal

dispositivo offerto dovesse emergere la misura del ricircolo.

IV. In vista della Camera di consiglio dell'8 febbraio 2018, fissata per la deliberazione della domanda cautelare, tutte le parti appellate si sono costituite in giudizio e hanno svolto difese, opponendosi alle deduzioni e domande di Baxter.

In particolare, esse hanno rispettivamente sostenuto quanto segue:

IV.1. *Bellco* (costituzione 30 gennaio 2018): <affinché sia inficiata la nomina della Commissione occorre che siano stati selezionati (...) soggetti privi delle necessarie competenze per rivestire il ruolo di Commissario: solo questa circostanza potrebbe aver rilievo (...), e non certo il mero “vizio di forma” nella procedura interna di nomina> e Baxter non ha posto in discussione la professionalità dei commissari prescelti;

IV.2. *Braun* (memoria 4 febbraio 2018):

- il ricorso di *prime cure* sarebbe inammissibile per carenza di interesse, stante il mancato superamento della prova di resistenza in ordine alla dimostrazione di un diverso esito della procedura, ove “governata” da una Commissione in differente composizione (eccezione formulata in primo grado e qui espressamente riproposta);
- sarebbero, altresì, inammissibili le censure Baxter relative al sorteggio dei Commissari, in quanto ampliative del *thema decidendum*, delineato nel ricorso di primo grado;
- il lasso di tempo di 11 giorni intercorso tra comunicazione di convocazione, datata 28.10.2016, e la prima seduta di Commissione, prevista per l'8.11.2016, non potrebbe considerarsi eccessivamente breve, atteso che, nell'Avviso di censimento predisposto da Consip era reso noto che le suddette riunioni avrebbero potuto tenersi anche con

cadenza settimanale, a decorrere dall'accettazione dell'incarico;

- nell'Allegato A al suddetto Avviso di Censimento, denominato "Ricerca candidati al ruolo di Commissario esterno" era prevista la sola indicazione dell'indirizzo di posta elettronica ordinaria al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla gara in questione, tant'è vero che ben 20 candidati su 21, per trasmettere alla Stazione appaltante i propri *curricula*, oltre che il foglio *Excel* con i propri dati e recapiti, hanno utilizzato la propria casella di posta elettronica ordinaria;

- il dott. Maurizio Brambilla ricopre all'interno di Fresenius Medical Care Italia S.p.A. il ruolo di *Therapy Marketing Director* e dispone pertanto delle necessarie conoscenze circa le funzionalità e le caratteristiche tecniche possedute dalle apparecchiature oggetto di fornitura;

- secondo i chiarimenti nn. 46, 51 e 54 forniti da Consip "le autodichiarazioni previste ed

attestanti l'originalità dei documenti tecnici richiesti" avrebbero potuto essere rese, in alternativa al legale rappresentante della ditta produttrice delle apparecchiature e dei *kit* oggetto di fornitura, anche da un "legale rappresentante della ditta concorrente" e al fine di soddisfare quanto richiesto al paragrafo 6 del Capitolato d'Oneri il concorrente avrebbe potuto "presentare, alternativamente uno dei documenti attestanti il possesso delle caratteristiche oggetto di punteggio tecnico migliorativo tabellare (schede tecniche, estratti dei Manuali di servizio, autodichiarazioni ...); autodichiarazione in cui il concorrente avrebbe dovuto attestare "il possesso delle caratteristiche oggetto di punteggio tecnico migliorativo tabellare";

- Braun ha, pertanto, prodotto, oltre all'estratto del Manuale delle apparecchiature offerte, anche le dichiarazioni rese dal dott. Paolo Partemi, Procuratore speciale e

Responsabile Marketing di B. Braun Avitum Italy S.p.A., per fornire ulteriori informazioni a completamento di quanto già illustrato nella documentazione ufficiale del produttore, allegata in gara;

IV.3. *Spindial* (memoria 5 febbraio 2018):

- “il Legislatore, all’art. 29 d.lgs. 50/20106, ha coerentemente imposto l’onere di immediata pubblicazione del provvedimento di nomina della Commissione e dei *curricula* dei commissari, al fine implicito (e cionondimeno evidente) di consentirne la tempestiva impugnazione, laddove la nomina della Commissione risulti viziata” e “se v’è onere di impugnazione immediata dell’ammissione altrui, *a fortiori* deve sussistere l’onere di impugnazione per gli atti che la precedono”;
- “nell’ambito di una procedura telematica, il sorteggio dei commissari non poteva che essere effettuato con modalità telematica”;

- “Consip ha nominato la Commissione con provvedimento dell’8.11.2016 e, dunque, pacificamente dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, nel pieno rispetto dall’art. 77 d.lgs. 50/2016” e in conformità all’art. 5 del Regolamento Consip, secondo cui “i componenti sono nominati dall’Amministratore Delegato della Consip S.p.A. con apposito atto che si perfeziona, dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”;
- il citato art. 77 e lo stesso regolamento Consip non impongono di effettuare il sorteggio tra tutti i possibili candidati al ruolo di commissario né prescrivono alcuna specifica formalità (nella convocazione e/o nella raccolta delle disponibilità dei candidati);
- quanto alla dichiarazione di comprova delle caratteristiche migliorative resa da NikkisoEurope GmbH e prodotta in gara da Spindial, la NikkisoEurope GmbH presenta la qualità di “mandataria”

europea di Nikkiso CO. LTD, per cui, ai sensi della direttiva 93/42/CEE (attuata con d.lgs. 46/1997), essa agisce *ex lege* in vece del fabbricante;

*IV.4. Fresenius* (memoria 5 febbraio 2018) svolge in rito e nel merito deduzioni analoghe a quelle di Braun e Spindial, richiamando specialmente il tenore della dichiarazione resa a Consip dal Dott. Morosetti il 26 settembre 2017, circa l'inesistenza di rapporti professionali e/o di collaborazione con Fresenius stessa;

*IV.5. Nipro* (memoria 6 febbraio 2018):

- sottolinea preliminarmente la “peculiare” impostazione dei ricorsi di primo grado e d'appello di Baxter che “ha formulato, in via principale, i motivi potenzialmente demolitori dell'intera procedura di gara avviata da Consip relativa alla fornitura in “*service*” di trattamenti di dialisi extracorporea e, solo in via subordinata, quelli mirati ad un possibile conseguimento

dell'aggiudicazione dell'appalto", attribuendone la ragione alla circostanza per cui Baxter è l'attuale fornitore dei beni oggetto dell'appalto *de quo*;

- quanto alla documentazione da produrre in gara, afferma di aver "puntualmente ottemperato alle prescrizioni della *lex specialis* fornendo documentazione proveniente dal produttore (i.e. Manuali di Istruzioni d'Uso e schede tecniche) atta, da sola, a comprovare il possesso dei requisiti tecnici tabellari, fornendo documentazione ulteriore e illustrativa, solo quando ciò si rendeva utile a chiarire le prescrizioni del Manuale";

- inoltre, "il soggetto che ha reso le dichiarazioni illustrative accompagnatorie all'offerta tecnica e i chiarimenti richiesti da Consip" non è "un rivenditore o distributore terzo, ma il rappresentante per l'Italia di Nipro Europe NV" (società interamente controllata da Nipro Corporation,

produttore delle apparecchiature offerte in gara, nonché mandataria del fabbricante);

*IV.6.* Infine, *Consip* (memoria 6 febbraio 2018) formula, a sua volta, argomenti complessivamente analoghi, in rito e nel merito, a quelli dispiegati dalle concorrenti appellate, rilevando, più nello specifico, che:

- tenuto conto delle tempistiche risultate necessarie per l'espletamento delle attività prodromiche (censimento pubblico, sorteggio) alla nomina e alla costituzione della Commissione, “sarebbe del tutto irragionevole ritenere che le stesse attività dovessero essere poste in essere una volta scaduto il termine per la presentazione delle offerte, atteso che ciò avrebbe comportato un inutile aggravio, in termini temporali, della procedura”;
- “le peculiari modalità di svolgimento della procedura e le particolari cautele insite nel sistema tecnico sono di per sé idonee ad

assicurare la piena tracciabilità delle operazioni di gara, con la conseguenza che, in tale ipotesi, l'obbligo di verbalizzazione può ritenersi correttamente assolto mediante la sola generazione dei *files* automaticamente elaborati dal sistema telematico”;

- quanto al chiarimento n. 2, esso ha assolto una funzione meramente chiarificatrice della disciplina di gara, poiché dalla *lex specialis* <già risultava la necessità che dal dispositivo o metodo offerti dai concorrenti potesse essere individuata la “misura” del ricircolo; con il chiarimento *de quo* si è dato atto soltanto della possibilità per gli stessi concorrenti di indicare tale “misura” come valore assoluto o percentuale>.

✓. Alla predetta Camera di consiglio dell'8 febbraio 2018, su accordo delle parti, è stata disposto il rinvio della causa al merito, per la cui trattazione è stata successivamente fissata l'odierna Udienza Pubblica.

VI. In prossimità della quale, è stata svolta la seguente, ulteriore attività difensiva:

VI.1. in data 27 aprile 2018, Consip, Bellco, Spindial e Nipro hanno depositato rispettive memorie ex art. 73 c.p.a., in cui si sono richiamate alle difese già svolte, o direttamente *per relationem* (Consip, Bellco) o fornendone un quadro riassuntivo (Spindial, Nipro);

VI.2. anche Baxter ha depositato (30 aprile 2018) memoria conclusiva, in cui, con riferimento alle tesi contenute negli scritti avversari sino a quel momento prodotti nel giudizio di appello, formula le controdeduzioni così articolate:

\* sub A): infondatezza dell'eccezione di inammissibilità per mancato superamento della prova di resistenza, sollevata da Braun, in quanto simile prova non dovrebbe essere fornita dal deducente, allorché le censure dallo stesso proposte siano, come nel caso di

specie, dirette ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura;

\* sub B):

- i motivi concernenti la nomina della Commissione non sarebbero tardivi, alla stregua delle recenti sentenze 16 aprile 2018, n. 2257 e n. 2241 di questa Sezione, nonché della ancor più recente pronuncia (26 aprile 2018, n. 4), con cui l'Adunanza plenaria ha escluso l'immediata impugnabilità del bando di gara;

- con il sorteggio, l'individuazione dei commissari sarebbe sostanzialmente avvenuta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte;

- permaneva in capo a Consip l'onere di accertare l'effettiva ricezione della corrispondenza elettronica;

- continuerebbe a non esser dimostrata l'affermazione secondo cui presso le sedi (europee ed italiana) delle società interessate sarebbero "presenti siti produttivi

dei dispositivi medici oggetto di offerta”, né i chiarimenti nn. 46, 51 e 54 di Consip consentirebbero di avallare la tesi avanzata da Braun;

- sarebbe “evidente l’intento del capitolato di premiare la presenza di un sistema in grado di erogare sia il trattamento in Ago doppio sia quello in ago singolo con doppia pompa, quindi con elevata efficienza a tutela del paziente, ma con la versatilità di poter passare da una modalità all’altra”: e solo l’offerta Baxter sarebbe “pienamente conforme” a tale requisito “poiché permette con un unico *set* di effettuare entrambe le metodiche, ago doppio ed ago singolo, con doppia pompa”, mentre la commissione avrebbe “considerato esclusivamente la possibilità di passare dalla terapia ad ago doppio alla terapia ad ago singolo con una sola pompa”, con ciò “ignorando l’effettiva portata del capitolato”;
- infine, la circostanza che Consip ammetta che il chiarimento n. 2

dalla stessa fornito sopperisca alla “necessità di poter disporre ... di una misura” ne dimostrerebbe il carattere integrativo e, quindi, illegittimo.

*VI.3.* sono poi seguite (4 maggio 2018) le memorie di replica di tutte le parti (salvo Bellco), nelle quali vengono generalmente riproposte le rispettive argomentazioni già svolte, con le seguenti puntualizzazioni:

\* Baxter afferma che il rifacimento delle operazioni di gara risulta del tutto agevole, poiché l'accordo quadro non è stato ancora sottoscritto;

\* Consip, rimarca che - diversamente da quanto asserito dalla stessa Baxter - nella memoria depositata nel corso della fase cautelare del presente giudizio, Consip stessa non ha affermato <che il chiarimento sopperisce alla ‘necessità di poter disporre di una misura’>, avendo piuttosto evidenziato che alla richiesta di un “Dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica

durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell'accesso vascolare è evidentemente sottesa la necessità di poter disporre, attraverso tale dispositivo o metodo, di una "misura" che consenta al nefrologo che esegua il trattamento dialitico di valutare l'eventuale verificarsi di situazioni potenzialmente critiche per il paziente sottoposto a detto trattamento>, come confermato dalla letteratura scientifica;

\* Fresenius evidenzia come Baxter "non abbia assolutamente replicato alle puntuali osservazioni svolte" dalla stessa società nella memoria depositata per la camera di consiglio dell'8 febbraio u.s. e con le quali si argomentava <con specifiche contestazioni che il sistema proposto da Baxter – "doppio ago in doppia pompa" – non solo è completamente avulso ai fini dell'attribuzione del punteggio per la caratteristica tecnica migliorativa V4 ma che addirittura peggiora la qualità del trattamento>;

\* Spindial e Nipro deducono l'inconferenza degli ultimi richiami giurisprudenziali effettuati da Baxter, siccome relativi (come la sentenza n. 2257/2018) “a procedure disciplinate *ratione temporis* dal d.lgs. 163/2006”;

\* Nipro replica poi - circa la problematica del passaggio dalla terapia ad ago doppio a quella ad ago singolo con una sola pompa - che la Commissione “ha voluto semplicemente accertarsi che ci fosse in ogni situazione di trattamento, la possibilità di proseguire (in emergenza o no) a fronte di un problema imprevisto all'accesso vascolare, senza dovere necessariamente sostituire tutto il circuito extracorporeo. E, questa, a ben vedere, è realmente una caratteristica premiante delle offerte che avevano tale caratteristica, come quella di Nipro”, a differenza dell'apparecchiatura offerta da Baxter;

\* Braun insiste, in particolare, sulla portata dei chiarimenti forniti da

Consip prima della scadenza del termine per la formulazione delle offerte e sulla qualifica di Procuratore speciale di colui che ha sottoscritto le dichiarazioni prodotte in gara.

VII. Indi, all'odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione, senza ulteriore discussione orale e previa richiesta di pubblicazione del dispositivo da parte dei difensori delle parti.

Il quale dispositivo è stato pubblicato il 18/05/2018, con numero 3015 di registro e con il seguente esito:

*“il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.*

*Spese compensate.”*

Di seguito vengono, quindi, esposte le motivazioni relative al suddetto dispositivo.

VIII. Quanto ai primi due motivi di appello, il Collegio osserva in via preliminare quanto segue:

i) vanno disattese le eccezioni di tardività sollevate, nei loro riguardi, dalle parti appellate in quanto, come correttamente evidenziato da Baxter, anche di recente questa Sezione ha affermato che per la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato “la illegittima composizione della commissione non è suscettibile di immediata impugnazione, in quanto priva di autonomia lesiva, ma può essere contestata solo all'esito della gara”: così la sentenza Sez. III 16/04/2018, n. 2241 che si riferisce a gara indetta il 7 ottobre 2016 e, pertanto, disciplinata *ratione temporis* dal D. Lgs. 50/2016, cosicché non può valere in relazione a tale pronuncia l'obiezione di “inattualità” formulata, in sede di replica, da Spindial e Nipro, tuttavia con corretto riferimento all'altra pronuncia (n. 2257) resa in pari data dalla Sezione.

Inoltre, ancor più di recente altra pronuncia di questa stessa Sezione (11/05/2018, n. 2835) ha ribadito

che “nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale”;

ii) in ogni caso, gli stessi motivi sono infondati nel merito, per le ragioni che si esporranno *infra* ai capi immediatamente successivi al presente;

iii) è tuttavia, piuttosto infrequente e singolare, che - come rilevato da Nipro - l'appellante attribuisca valenza espressamente prioritaria a siffatte censure di carattere procedimentale e tali da comportare, in caso di accoglimento, la riedizione della procedura di gara ad opera di diversa Commissione (con tutta l'incertezza che ne deriva quanto all'esito finale di tale nuova valutazione) e carattere solo subordinato alle pure dedotte

censure “di merito”, potenzialmente idonee a farle, invece, conseguire il bene della vita costituito dall’aggiudicazione (*pro quota*) di un sì rilevante appalto: tale (inusuale) inversione logico-giuridica nella graduazione dei motivi di censura rientra certamente nella facoltà della parte, ma il Collegio che al medesimo ordine è vincolato nel loro esame (per entrambe le anzidette enunciazioni, si veda ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 18/02/2016, n. 649) non può al contempo non rilevare come una simile strategia difensiva contribuisca obiettivamente a depotenziare la portata delle subordinate censure “di merito”, se è vero che la stessa parte attorea ne chiede espressamente la disamina (e l’eventuale accoglimento) solo in caso di reiezione delle censure in cui ripone il proprio principale interesse e che dunque ritiene, più o meno implicitamente, “forti”;

*iv)* le censure di natura procedimentale dedotte da Baxter

sono, tuttavia, ammissibili per le condivisibili ragioni da questa esposte in replica (memoria conclusiva 30 aprile 2018) alla relativa eccezione di inammissibilità sollevata da Braun il 4 febbraio 2018, in quanto è pacifico che la prova di resistenza non debba essere offerta da colui che deduca vizi diretti ad ottenere l'annullamento e la successiva rinnovazione dell'intera procedura (per questa Sezione, da ultimo: 16/04/2018, n. 2258, 5 marzo 2018, n. 1335 e 2.3.2018, n. 1312).

*IX.* Ma un'ulteriore considerazione preliminare, di carattere questa volta metodologico/espositivo, il Collegio ritiene doverosa: e cioè che, come si evince dalla diffusa esposizione che precede, il presente giudizio si caratterizza per un'ulteriore peculiarità, dovuta al fatto che - pur essendo sostanzialmente due le tesi che si affrontano e confrontano (una demolitoria e l'altra a difesa della sentenza appellata) - sono ben sette

le parti costituite e attivamente presenti in giudizio, ciascuna con proprie originali linee argomentative e non sempre esattamente sovrapponibili anche nel campo (numericamente maggioritario: 6 a 1) dello schieramento che contrasta l'appello.

Ne è scaturito il risultato, particolarmente fecondo sul piano della dialettica processuale, di un contraddittorio assai vivace, articolato e foriero di spunti per la successiva disamina del Giudicante: a fronte di tale ricchezza del materiale di causa, il Collegio ritiene che anche l'impostazione del proprio dire non possa che tenerne conto, dando espressamente atto, sulle singole questioni, delle principali posizioni in campo e motivando quale sia, secondo il proprio avviso, quella corretta.

X. Con queste premesse, vanno, dunque, ora esplicitate le ragioni dell'anticipato giudizio (lett. "ii" del capo VIII) di infondatezza dei

menzionati primi due motivi di appello.

X.1. Quanto ai vizi afferenti la nomina della Commissione, va rilevato quanto segue.

X.1.1. Non sussiste il primo profilo di illegittimità, che l'appellante fa discendere dall'antiorità del sorteggio di due dei tre commissari (3 novembre 2016) rispetto al termine ultimo (7 novembre 2016) di presentazione delle offerte, poiché il principio della posteriorità della nomina della Commissione giudicatrice rispetto a tale termine riguarda la formazione del collegio nella sua interezza e non la (eventuale e previa) individuazione di alcuni dei suoi componenti.

Infatti, la pronuncia dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio (n.13/2013), richiamata da Baxter, ha espressamente circoscritto tale principio alla "nomina della commissione", dovendosi con ciò intendere il collegio perfetto; in tal senso, invero, la citata pronuncia della Plenaria è stata interpretata

dalla giurisprudenza di questo Consiglio ad essa successiva e ferma nell'escludere che detto principio si applichi alla individuazione/designazione di singoli membri.

Si veda ad esempio sez. V, 31/08/2016, n. 3743, ad avviso della quale <è dirimente il dato testuale per cui *"la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte"*> (così recitava l'abrogato art. 84, comma 10 del d.lgs. n. 163/2006 e così identicamente recita l'attuale art. 77, comma 7 D. Lgs. n. 50/2016).

Ciò sta a significare, secondo la Sez. V, che *<l'organo nel plenum di collegio perfetto - e non la designazione di un singolo membro ancorché individuato in ipotesi quale presidente - deve essere costituito dopo la presentazione delle offerte>*, in quanto *<l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni di gara, presidiati dalla norma richiamata, vanno per l'appunto riferiti all'organo in quanto*

*tale che decide nell'integrità dei suoi membri componenti>.*

Al riguardo, la sentenza n. 3743/2016 richiama l'orientamento della giurisprudenza sul punto (tra cui, anche Ad. plen., 7 maggio 2013 n. 13) *<che circoscrive l'ambito precettivo della norma "nella nomina della commissione giudicatrice" e/o, alternativamente, "nella nomina dei componenti della commissione di gara" dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, giammai nella designazione di un membro di essa>; per poi concludere che <la designazione di un singolo membro è, in definitiva, un atto prodromico di carattere preparatorio, privo di efficacia esterna, mentre (anche nel caso deciso da quella sentenza: NdE) la nomina della commissione, con effetti costitutivi dell'organismo collegiale, risulta intervenuta, in conformità alla legge regolatrice della materia, in un turno di tempo posteriore alla presentazione delle offerte>.*

X.1.2. In ordine al secondo profilo riproposto in appello (insufficiente verbalizzazione/documentazione

del suddetto sorteggio dei due commissari esterni), la sentenza di primo grado si era diffusamente soffermata, facendo riferimento al documento n. 20, depositato in giudizio da Consip e nel quale sono evidenziate le modalità di funzionamento del sistema SIGEF, utilizzato per il sorteggio dei commissari esterni, tra cui:

- lo scambio di comunicazioni *e-mail* del 3 novembre 2016 tra il "Consip Supporto Sigef" e i dipendenti Consip, con il quale viene attivato il sorteggio per i commissari esterni per la costituzione della Commissione giudicatrice;
- la schermata del sistema SIGEF, contenente la cronologia di inserimento e sorteggio dei candidati;
- l'attribuzione, da parte del sistema SIGEF e a seguito della richiesta del funzionario Consip incaricato, di uno specifico codice ad ogni nominativo dei medici inseriti nell'elenco per il sorteggio;

- l'ulteriore schermata del sistema, successiva all'estrazione casuale automatica, dalla quale si ricava che i due codici estratti sono quelli che identificano nell'algoritmo di estrazione i dottori Morosetti e Quintaliani.

La sentenza ha, altresì, preso espressamente in considerazione la memoria difensiva depositata da Baxter in data 6 novembre 2017, in replica al suddetto deposito documentale Consip: e ha, altrettanto espressamente, affermato di non poter seguire le contestazioni svolte in tale memoria, per la considerazione che *“trattandosi di procedura informatizzata, la verbalizzazione cartacea è sostituita ed anzi è essenzialmente costituita proprio dai passaggi automatizzati del sistema, il cui accadimento è riscontrabile per tabulas. Esigere un'ulteriore verbalizzazione dell'attivazione del meccanismo automatizzato significherebbe pretendere un'inutile superfetazione di attività, al fine di riprodurre con valore meramente confermativo un passaggio che*

*il sistema produce sì in via automatica, ma in maniera fenomenicamente percepibile.*

*Il che consente anche di disattendere l'attribuzione del carattere performativo alla pretesa verbalizzazione, come ritenuto dalla giurisprudenza citata dalla ricorrente. Nel caso di specie, invero, l'operazione informatizzata è al tempo stesso creazione dell'effetto e sua contestuale attestazione, sol che si depositi la documentazione che provi gli avvenuti passaggi informatici (cosa che nel caso di specie è avvenuta)”.  
Orbene, nel riproporre (al punto I.2. del secondo motivo) il profilo di censura di invalidità del sorteggio per difetto assoluto di verbalizzazione, Baxter non contesta puntualmente le surriportate (e condivisibili, specie in assenza di precise controdeduzioni) argomentazioni dell'appellata sentenza di primo grado, ma si limita sostanzialmente a richiamare la stessa perizia tecnica di parte in data 3.11.2017, depositata in primo grado*

contestualmente alla memoria 6.11.2017 menzionata dal primo Giudice, memoria che a sua volta fa leva essenziale proprio su tale perizia quanto al tema in discussione.

In definitiva, il suddetto par. 1.2. del secondo motivo di appello si risolve in una (mera) reiterazione delle doglianze già prospettate *in prime cure* e non risulta, così, conforme allo stringente canone di “specificità” cui devono, invece, rispondere - ex art. 101, comma 1 c.p.a. - le censure mosse nel ricorso in appello contro i capi della sentenza gravata: il profilo all’esame deve, pertanto, essere disatteso.

X.1.3. Neppure può ritenersi sussistente il vizio (illegittima riduzione della rosa dei candidati commissari), dedotto al par. 1.3. del secondo motivo di appello con riferimento:

- alla brevità del termine (11 giorni) intercorrente tra l’invio delle richieste di disponibilità da parte di

Consip e l'inizio delle operazioni di gara;

- alle modalità (posta elettronica ordinaria e non certificata) utilizzata da Consip per la verifica della suddetta disponibilità da parte dei candidati commissari.

Circa il primo elemento addotto da Baxter, il Collegio osserva che in primo grado Consip ha prodotto (doc. 23) le 21 candidature ricevute per posta elettronica, l'ultima delle quali inoltrata il 15 ottobre 2016.

In relazione a ciò, non può ragionevolmente ravvisarsi motivo di illegittimità nella circostanza che Consip stessa abbia sondato la disponibilità degli aspiranti Commissari il successivo 28 ottobre (a distanza, cioè di poco più di una decina di giorni); così come non può essere ritenuto incongruo e irragionevolmente breve l'ulteriore intervallo di poco più di dieci giorni intercorrente tra la richiesta di disponibilità di Consip e la prima seduta prevista dalla Commissione, se rapportato - come esattamente

osservato da Braun (memoria 4 febbraio 2018) - alla cadenza settimanale delle riunioni di Commissione, esplicitamente preannunciata proprio nell'Avviso di censimento all'uopo predisposto da Consip e cui i 21 medici avevano risposto.

Quanto, poi, alle modalità con cui era stata sondata la loro disponibilità a partecipare alla suddetta prima riunione di Commissione, non si può non rilevare come - secondo *l'id quod plerumque accidit* - tale preventiva disponibilità a far parte di una Commissione di cui sia prevista la convocazione in un giorno determinato e prestabilito possa essere accertata dall'Amministrazione procedente anche per le vie brevi, rispetto alla quale l'utilizzo della posta elettronica (anche non certificata e non importa se spedita a indirizzi istituzionali o privati) costituisce una forma di indubbia maggior garanzia.

D'altra parte, poco meno del 50% dei candidati ha manifestato il proprio assenso (anche con gli anzidetti termini e modalità) e ciò ha consentito alla stazione appaltante Consip di poter disporre di una rosa di nominativi - nell'ambito della quale effettuare il sorteggio - niente affatto ridotta e comunque più che sufficiente, in quanto pari a 5 volte il numero dei commissari da nominare successivamente: il che, di nuovo, fa sì che non siano rilevabili profili di illegittimità nella procedura attivata da Consip nella fase precedente all'avvio delle operazioni di gara da parte della Commissione ancora da nominare.

Invero, è solo da questo momento in poi (e cioè a partire dall'insediamento della Commissione) che scattano le regole formali e inderogabili per quanto concerne la convocazione dei componenti della Commissione e la verbalizzazione delle sue sedute: ma vizi in tal senso e in

relazione a tale fase non sono stati dedotti da Baxter.

X.2. Questa ha, invece, posto tanto in primo grado, quanto in appello (terzo motivo) questioni afferenti una pretesa incompatibilità del commissario Dott. Morosetti, in relazione a:

- una perizia redatta in favore di Spindial in un giudizio amministrativo definito nel 2011;
- un più recente (2015) e asserito rapporto di consulenza di parte in favore di Fresenius, che risulterebbe da una corrispondenza via *e-mail* intercorsa tra il CTU nominato nel relativo giudizio (rg. n. 2483/2015 innanzi al Tar Lombardia) e il direttore commerciale di Fresenius.

X.2.1. In entrambi i casi, richiamando l'art. 42 D. Lgs. 50/2016, Baxter evoca la categoria generale del "conflitto di interessi", che dà il titolo alla suddetta norma.

Ma a tale categoria generale - per come declinata tanto in ambito civile, quanto in ambito penale - si accompagna necessariamente il

requisito dell'attualità; si vedano ad es. e con riferimento a differenti istituti giuridici: Cassazione civile, sez. I, 18/07/2013, n. 17606 e 19/10/2011, n. 21651; Cassazione penale, sez. II, 3/06/2009, n. 26281 e sez. V, 18/11/2004, n. 10688.

E anche questo Consiglio (Sez. IV, n. 931 del 2008) ha richiesto un “interesse attuale e diretto” per potersi ravvisare un obbligo di astensione (principio generale anche questo invocato da Baxter, che cita al riguardo il coevo precedente di questo Consiglio n. 2970 del 2008).

Da questo punto di vista, non può, dunque ritenersi, che la redazione di una perizia in relazione a un processo definito oltre cinque anni prima (e per di più a titolo gratuito: argomento questo svolto dal primo Giudice e non preso espressamente in considerazione nell'appello di Baxter) possa soddisfare il suddetto e necessario requisito dell'attualità.

X.2.2. Quanto alla seconda causa di incompatibilità del Dott. Morosetti, prospettata da Baxter, va rilevato

che secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (sez. V, 18/06/2015, n. 3102), le situazioni di incompatibilità nelle gare pubbliche debbano risultare oggetto di specifica ed inequivoca prova, anche sulla base di elementi di fatto indizianti, gravi, precisi e concordanti.

Coerentemente, questa Sezione ha sempre richiesto:

- che debbano essere allegati concreti elementi dai quali desumere l'effettiva incompatibilità dei commissari di gara, presupposto indispensabile per l'accoglimento della relativa censura, non potendo, infatti, farsi riferimento ad elementi presuntivi e generici (28/07/2017, n. 3782: par. 9.3.);
- che debbano sussistere elementi specifici atti, in concreto, a far ritenere la dedotta incompatibilità e che dal deducente debbano essere adottati dirimenti elementi probatori al riguardo (5/02/2018, n. 695: par. 8.23).

Viceversa, l'unico elemento qui addotto da Baxter (mera indicazione del Dott. Morosetti quale consulente tecnico di parte di Fresenius in una *mail* inviata da un dirigente della stesa Fresenius, non seguita da alcun atto ufficiale da cui risulti l'effettivo svolgimento del ruolo di CTP nel giudizio avanti il Tar Lombardia) non assurge, con tutta evidenza, al necessario indice di concretezza e specificità al fine di poterne desumere l'effettiva incompatibilità del medesimo dott. Morosetti.

X.3. Entrambi i motivi afferenti la nomina della Commissione, in cui si articola il punto 2 del capo A) dell'appello Baxter, devono, pertanto, essere disattesi.

XI. Quanto ai motivi di cui al capo B, relativi all'attribuzione dei punteggi, il Collegio osserva che essi trovano, in generale, adeguata confutazione nelle difese in contrario svolte dalle parti appellate.

XI.1. Così è, ad esempio, per quanto concerne l'omessa produzione di documentazione da parte del produttore, dedotta al par. III del suddetto capo B con riferimento alle offerte Spindial, Nipro e Braun.

XI.1.1. Queste ultime hanno, infatti, replicato sul punto con le difese sopra rispettivamente riportate ai precedenti capi IV.2, IV.3. e IV.5; in particolare:

\* Braun si è richiamata alla possibilità di presentare autodichiarazioni, contemplata dai chiarimenti nn. 46, 51 e 54 forniti da Consip e ha affermato di aver prodotto, oltre all'estratto del Manuale delle apparecchiature offerte, anche le dichiarazioni rese dal Procuratore speciale e Responsabile Marketing di B. Braun Avitum Italy S.p.A.;

\* Spindial ha dichiarato, relativamente alla dichiarazione di comprova delle caratteristiche migliorative resa da NikkisoEurope GmbH e prodotta in gara, che la

NikkisoEurope GmbH presenta la qualità di “mandataria” europea di Nikkiso CO. LTD, per cui, ai sensi della vigente normativa eurounitaria (direttiva 93/42) e interna (d. lgs 46/1997), essa agisce in vece del fabbricante;

\* Nipro ha precisato di aver fornito Manuali di Istruzioni d’Uso e schede tecniche provenienti dal produttore e che il soggetto che ha reso le dichiarazioni illustrative accompagnatorie all’offerta tecnica e i chiarimenti richiesti da Consip è il rappresentante per l’Italia di Nipro Europe NV (società interamente controllata da Nipro Corporation, produttore delle apparecchiature offerte in gara, nonché mandataria del fabbricante).

*XI.1.2.* A sua volta, nella successiva e conclusiva memoria del 30 aprile 2018, Baxter non fa cenno alcuno alle anzidette deduzioni di Nipro: ragion per cui, alla stregua del principio di non contestazione ex art. 64 comma 2 c.p.a., le censure in origine dedotte da Baxter a

proposito dell'offerta Nipro devono intendersi così superate.

*XI.1.3.* Relativamente alla memoria Spindial, Baxter ha, invece, espressamente controdedotto che il richiamo al d. lgs 46/1997 sarebbe inconferente.

Al contrario, osserva il Collegio che tale norma interna di recepimento della Direttiva comunitaria concerne, come recita il titolo, i dispositivi medici e agli stessi si applica, come stabilisce l'*incipit* dell'art. 1 (definizioni): per cui essa risulta assolutamente pertinente ad una gara d'appalto europea riguardante la fornitura (*in service*) di dispositivi medici.

Ebbene, la lettera *i-bis*) del citato art. 1 definisce mandatario "la persona fisica o giuridica stabilita nel territorio dell'Unione europea che, dopo essere stata espressamente designata dal fabbricante, agisce e può essere interpellata dalle autorità nazionali competenti e dagli organismi comunitari in vece del fabbricante

per quanto riguarda gli obblighi che il presente decreto impone a quest'ultimo”.

Siffatto rapporto fungibile e vicario tra fabbricante e suo mandatario è contemplato in successive e plurime disposizioni del medesimo D. Lgs, quali gli articoli 7, 9, 10, 14, 15, 17, 18, e 23, ove compare l'alternativa e disgiuntiva dizione “il fabbricante o il suo mandatario”, tanto che anche le sanzioni (art. 23) vedono tra i soggetti passivi “i fabbricanti o i loro mandatarî”.

A ciò si aggiunga che l'art. 13 comma 2, dispone che: “se non ha sede in uno Stato membro, il fabbricante che immette in commercio a nome proprio un dispositivo, di cui al comma 1 o di cui al successivo comma 3-bis, designa un unico mandatario nell'Unione europea. Il mandatario che ha sede legale nel territorio italiano comunica al Ministero della salute le informazioni di cui rispettivamente ai commi 1 o 3-bis” (sui dispositivi).

Si deve, pertanto, concludere che ben poteva la mandataria europea di Nikkiso CO. LTD rendere la dichiarazione richiesta dalla legge di gara.

*XI.1.4.* Quanto alla contestazione della dichiarazione resa da Braun [tema sul quale si è svolto un puntuale contraddittorio tra le due parti interessate (menzionata memoria 30 aprile 2018 di Baxter; replica 4 maggio 2018 di Braun)], il Collegio osserva che tale deduzione di Baxter non supera – al momento – la prova di resistenza (in questo caso, sì, necessaria), poiché, come dalla stessa Baxter prospettato in primo grado, anche con l'eventuale accoglimento di questa censura Braun continuerebbe, pur a punteggio ridotto di 49,305 e con una postergazione in graduatoria, a rientrare nel novero dei primi cinque posti utili e a sopravanzare così Baxter (che ha conseguito l'inferiore punteggio finale di 48,397, e rimarrebbe, comunque, al sesto posto).

Pertanto, l'esame di detto specifico profilo viene posposto rispetto a quello delle ulteriori censure dedotte con il quarto e quinto motivo di appello.

*XII.1. Rispetto alle quali, il Collegio non può che convenire, in linea preliminare e generale, con l'asse portante della motivazione fornita sul punto dalla sentenza appellata (e comune alle difese, sul punto, delle parti appellate, tra cui in primo luogo quella di Consip), imperniato sull'inammissibilità di siffatte contestazioni alla stregua dei "consolidati principi in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche operate dalle commissioni in sede di gara, principi che impediscono un controllo sostitutivo e che prescrivono viceversa un sindacato giudiziale limitato al solo controllo circa l'insussistenza di manifeste illogicità e/o travisamenti palesi di fatti".*

XII.2. Alla stregua di tali pacifici principi, il Collegio deve rilevare che sfuggono al proprio sindacato le censure svolte da Baxter, laddove si duole (relativamente al parametro

V4) che la commissione avrebbe “tenuto conto solamente della possibilità di passare dalla terapia ad ago doppio a quella ad ago singolo con pompa singola (*click-clack* o sistema di emergenza), in contrasto pertanto con quella inequivocabilmente richiesta dalla legge di gara, vale a dire la possibilità di passare dalla terapia ad ago doppio a quella ad ago singolo ma con doppia pompa, elemento questo esplicitamente richiamato dal capitolato” (art. 8.3.).

*XII.2.1.* A evidenziare come si verta nell'esclusivo ambito di esercizio della discrezionalità tecnico-amministrativa è, invero, sufficiente riportare alcuni estratti dei passi da V.3. a V.6., che alla questione così posta dedica la memoria iniziale 6 febbraio 2018 di Consip:

\* la Commissione “ha assunto quale fondamentale principio ispiratore il miglioramento della tecnica dialitica al servizio esclusivo dei pazienti, al fine di ridurre e mitigare gli effetti di incidenti, malfunzionamenti ed

inconvenienti che si possano verificare durante il trattamento”;

\* la Commissione ha ritenuto “che, nella valutazione delle caratteristiche tecniche migliorative delle apparecchiature offerte dai concorrenti, al di là di una mera interpretazione letterale di quanto richiesto, si dovesse in ogni caso considerare la corretta impostazione ed esecuzione del trattamento dialitico nel suo complesso, tenendo conto della competenza clinica, della esatta esecuzione e conduzione del trattamento, della sorveglianza durante la procedura, dei risultati clinici, nonché del benessere complessivo del paziente prima, durante e dopo il trattamento medesimo”;

\* la Commissione ha, pertanto, ritenuto che la “*Possibilità di passare di metodica senza cambiare linee né dover interrompere il trattamento*” (definizione del parametro V4) fosse “necessariamente connessa ad una

situazione imprevista, da dover gestire quindi in una fase successiva all'avvio del trattamento”;

\* “invero, il passaggio da un trattamento ad ago doppio, qual è un normale trattamento dialitico, ad un trattamento ad ago singolo non costituisce una manovra di ordinaria assistenza dialitica – quale può essere un cambio di ultrafiltrazione, di flussi o di profili, gestibili senza difficoltà nel corso del trattamento – dovendosi piuttosto ricorrere a tale operazione in situazioni di emergenza, connesse alla rottura di un vaso, ad uno stravasamento emorragico, ad una disconnessione e, in ogni caso, ad una circostanza imprevista, imprevedibile, contingente ed urgente che può verificarsi durante il trattamento”;

\* “l'assidua frequentazione delle sale dialisi dimostra che il passaggio ad ago singolo è un momento traumatico, tanto per il paziente quanto per il personale sanitario”;

“ebbene, la Commissione

giudicatrice, ben conoscendo la realtà dei centri di dialisi italiani ed essendo dunque consapevole che la normale ed usuale procedura di attacco del paziente comporta l'uso di un *kit* doppio ago e solo in via residuale (in caso di particolari patologie) l'uso di un *kit* ago singolo, ha ritenuto che, ai fini della attestazione del possesso della caratteristica tecnica migliorativa di cui al punto V4 del paragrafo 8.3 del Capitolato d'oneri, le apparecchiature offerte dovessero garantire la possibilità di proseguire la dialisi, senza dover disconnettere il paziente con la procedura di restituzione sangue, al contempo assicurando una buona efficacia del trattamento con il solo ricorso a pochi comandi da impostare nelle apparecchiature medesime”;

\* <né, del resto, può assumere rilievo la circostanza, evidenziata da controparte, per cui “il capitolato non distingueva in alcun modo tra manovre ordinarie ed emergenziali, limitandosi a richiedere in termini

oggettivi il passaggio da metodica con ago doppio a quella ad ago singolo don doppia pompa”: invero, la lettura della *lex specialis* fatta propria dalla Commissione è l’unica ragionevolmente possibile, atteso che, come riconosciuto dalla Società nel corso del primo grado di giudizio, “la funzione in quelle condizioni è irrealizzabile, poiché nessuna apparecchiatura offerta è in grado di effettuare una dialisi ad ago singolo a doppia pompa con il circuito normale ad ago doppio”: ciò, a maggior ragione, ove si considerino le soluzioni offerte dagli altri concorrenti, le quali, anche in esito alle prove pratiche in vitro, sono risultate pienamente valide e, dunque, idonee all’assegnazione del punteggio tabellare previsto dalla *lex specialis* in relazione al criterio di valutazione *de quo*.

XII.2.2. A tale diffusa illustrazione, si aggiungano le ulteriori osservazioni svolte da Fresenius e Nipro nelle rispettive memorie di

replica depositate il 4 maggio 2018 e soprariportate sub VI.3.

XII.2.3. A sua volta, Baxter riconosce - nella propria memoria 30 aprile 2018 - che “con riferimento al parametro V4, paiono opportune le seguenti ulteriori deduzioni, stante la complessità della materia”.

E anche tale ulteriori deduzioni si muovono sull'esclusivo terreno tecnico-scientifico, tanto che alle pagine 14 e 16 vengono riprodotte le rispettive Figure 1 e 2 (per metà a colori, e per l'altra metà in bianco e nero) in cui si mettono a raffronto a sinistra il circuito ad ago doppio di Nipro e a destra il circuito ad ago singolo pompa singola di Baxter, facendosi espressamente notare (figura 1) la presenza in entrambi i casi “*di un doppio spezzone per pompa peristaltica (A e V) e camera di espansione*”.

XII.2.4. A fronte di tali raffigurazioni e spiegazioni, assai più consone a un trattato di medicina che a una memoria

defensionale giuridica, la disamina di questo Giudice non può che arrestarsi e prendere atto che simili argomenti non possono che ritenersi non in grado di superare la soglia di ammissibilità, come già statuito dal primo Giudice.

*XIII.3.* Quanto, infine, al parametro V8, in relazione al quale Baxter deduce che il chiarimento fornito in proposito da Consip avrebbe “indebitamente integrato le disposizioni della *lex specialis*”, risultano, ancora una volta, convincenti le controdeduzioni svolte da Consip.

*XIII.3.1.* Invero:

- il Capitolato d’oneri reca la seguente definizione del suddetto parametro V8: “dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell'accesso vascolare”;
- la domanda al riguardo posta alla stazione appaltante era del seguente tenore: “confermate che tale dispositivo o metodo debba essere

integrato nella strumentazione hardware e software dell'apparecchiatura per dialisi offerta, e che la valutazione, attraverso dispositivo e metodo, debba essere svolta attraverso la determinazione quantitativa del valore del ricircolo, espresso in percentuale rispetto al flusso ematico?»

- alla quale il chiarimento n. 2 di Consip ha così risposto: “si conferma che tale dispositivo o metodo deve essere integrato nell'apparecchiatura; la determinazione quantitativa del valore del ricircolo potrà essere espressa in valore assoluto (ml/min) o percentuale  $Q_b$ ”.

*XIII.3.2.* Sin dalla memoria 6 febbraio 2018, Consip ha sostenuto che:

\* <alla richiesta di un “Dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell’accesso vascolare” è evidentemente sottesa la necessità

di poter disporre, attraverso tale dispositivo o metodo, di una “misura” che consenta al nefrologo che esegua il trattamento dialitico di valutare l’eventuale verificarsi di situazioni potenzialmente critiche per il paziente sottoposto a detto trattamento: infatti, come confermato dalla letteratura scientifica (vds. documentazione agli atti), la “misura” del ricircolo dell’accesso vascolare permette di verificare l’adeguatezza (o non), ai fini depurativi, della circolazione extracorporea, nonché di valutare se occorra sottoporre il paziente ad intervento chirurgico, in considerazione di un accesso vascolare problematico. Da qui la necessità di poter disporre della “misura” di ricircolo ogni qualvolta, nel corso del trattamento dialitico, il medico lo reputi necessario>;

\* ne consegue che “la risposta al quesito formulato, lungi dall’essere innovato o modificato – tanto meno in senso restrittivo – la *lex specialis* di gara, ne ha soltanto

meglio spiegato ed illustrato i contenuti”;

\* in definitiva, “al chiarimento in questione non può essere riconosciuta una funzione innovativa della disciplina cristallizzata negli atti di gara, ma una funzione meramente chiarificatrice della stessa disciplina: dalla *lex specialis* di gara, infatti, già risultava la necessità che dal dispositivo o metodo offerti dai concorrenti potesse essere individuata la “misura” del ricircolo; con il chiarimento *de quo* si è dato atto soltanto della possibilità per gli stessi concorrenti di indicare tale “misura” come valore assoluto o percentuale, rilevando esclusivamente che al medico deputato alla esecuzione del trattamento dialitico sia fornita una modalità di fruizione dei dati relativi al ricircolo vascolare, così da poter monitorare – ed eventualmente risolvere – situazioni di potenziale criticità per il paziente”.

*XIII.3.3.* Ebbene tale spiegazione è certamente condivisibile sotto il profilo linguistico, l'unico che possa essere direttamente apprezzato dal Collegio: infatti, del termine "valutazione" i principali dizionari della lingua italiana forniscono la definizione di "determinazione del valore di cose e fatti", "quotazione", "stima", "calcolo approssimativo".

Dunque, per usare l'espressione della sentenza appellata, è sicuramente "immanente" alla nozione di "valutazione" la sua traduzione in termini quantitativi ove questa sia riferita ad un determinato bene ovvero a qualsiasi fenomeno fisico; ovviamente, lo stesso termine "valutazione" assume, invece, una dimensione qualitativa allorché si tratti di esprimere un giudizio.

Ma, con pari evidenza, nel caso in discussione si verte nell'ambito della valutazione di un fenomeno fisico, quale è "il ricircolo dell'accesso vascolare": che,

dunque, alla domanda sulla (inevitabile) “determinazione quantitativa del valore del ricircolo” il chiarimento n. 2 fornito da Consip abbia risposto precisando che questa “potrà essere espressa in valore assoluto o percentuale” non esula dall’ambito e dalla funzione di specificazione assegnata all’istituto dei chiarimenti, in quanto, lungi dal comportare la modifica della *lex specialis* denunciata da Baxter, lo stesso chiarimento si è limitato a prospettare le modalità alternative per la (indispensabile) misurazione del ricircolo.

Né Baxter contesta che il proprio dispositivo non presentasse (come ritenuto dalla Commissione) la caratteristica migliorativa di cui allo specifico parametro V8 sotto il profilo dell’anzidetta determinazione quantitativa del valore del ricircolo.

*XIV.* Dalla reiezione delle censure sub IV e V dell’atto di appello, consegue la definitiva declaratoria di inammissibilità, per mancato

superamento della prova di resistenza, del profilo di doglianza rivolto nel motivo *sub* III nei confronti dell'offerta Braun e la cui (momentanea) inammissibilità è stata già prospettata al precedente capo XI.1.4.

XV. In conclusione, l'appello di Baxter deve essere respinto e, per l'effetto, la sentenza gravata deve essere confermata.

Dall'esposizione che precede emergono, tuttavia, innegabili tratti di peculiarità della controversia, tali da giustificare la compensazione delle spese del presente grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera  
di consiglio del giorno 17 maggio  
2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Massimiliano Noccelli,

Consigliere

Pierfrancesco Ungari,

Consigliere

Giovanni Pescatore,

Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere,

Estensore

<b>L'ESTENSORE</b>	<b>IL PRESIDENTE</b>
<b>Giorgio Calderoni</b>	<b>Lanfranco Balucani</b>

IL SEGRETARIO