

Pubblicato il 07/03/2019

N. 01577/2019REG.PROV.COLL.
N. 08207/2018 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 8207 del 2018, proposto dalla Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich e Stefano Bonatti ed elettivamente domiciliata digitalmente presso l'avvocato Marcello Clarich all'indirizzomarcello.clarich@pec.it e fisicamente presso lo studio del medesimo in Roma, Viale Liegi, n. 32,

contro

l'Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale per la Regione Toscana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gaetano Vicicone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Largo dei Lombardi, n. 4, nonché

nei confronti

della Roche Diagnostics s.p.a., 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, n. 142;

della Abbott s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Cerulli Irelli e Elisa Burlamacchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Cerulli Irelli in Roma, via Dora, n. 1;

della Azienda U.S.L. Toscana Nord – Ovest, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della A.O.U. Careggi di Firenze, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della A.O.U. Meyer di Firenze, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della Fondazione Toscana “Gabriele Monasterio”, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della Belli s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sez. III, n. 969 del 5 luglio 2018, che ha pronunciato sul ricorso proposto avverso l'aggiudicazione alla ditta Roche del lotto n. 2 nell'ambito della procedura n. 19/2016 per la stipula di una “convenzione per la fornitura pluriennale in service di piattaforme analitiche e pre-analitiche Corelab ad elevata automazione per i Laboratori Analisi delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della Regione Toscana”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale per la Regione Toscana;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Abbott s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Roche Diagnostics s.p.a.;

Viste le memorie depositate dalla Siemens Healthcare s.r.l. in date 11 febbraio 2019 e 15 febbraio 2019;

Viste le memorie depositate da Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale per la Regione Toscana in date 5 novembre 2018; 8 febbraio 2019; 15 febbraio 2019;

Viste le memorie depositate da Abbott s.r.l. in date 5 novembre 2018; 11 febbraio 2019; 15 febbraio 2019;

Visto il ricorso incidentale, depositato dalla Abbott s.r.l. il 9 novembre 2018;

Viste le memorie depositate dalla Roche Diagnostics s.p.a. in date 5 novembre 2018; 11 febbraio 2019; 14 febbraio 2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato il 22 settembre 2016 l'Ente per il Supporto Tecnico Amministrativo Regionale per la Regione Toscana (d'ora in poi, Estar) ha indetto una procedura aperta di gara da svolgersi in modalità telematica, suddivisa in 2 lotti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (massimo 60 punti all'offerta tecnica e massimo 40 punti all'offerta economica), per la stipula di una "convenzione per la fornitura pluriennale in service di piattaforme analitiche e pre-analitiche corelab ad elevata automazione per i Laboratori Analisi delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della Regione Toscana", comprendente la locazione della strumentazione, la somministrazione di tutto il materiale di consumo necessario ad effettuare il numero/tipologia di esami indicati, l'assistenza tecnica/manutenzione nonché l'esecuzione di alcuni lavori fondamentali

per garantire la piena funzionalità dei laboratori interessati. Si tratta, nella sostanza, di procedure di gara per l'affidamento di sistemi diagnostici, destinate a rifornire, tramite un unico aggiudicatario, tutte le Aziende Ospedaliere e Sanitarie della Regione Toscana.

La durata prevista della fornitura è di 5 anni.

Il lotto 2, al quale ha partecipato la Siemens in raggruppamento temporaneo con le società Diasorin e Morviducci, ha ad oggetto la fornitura di un sistema secondo i più elevati standards tecnologici reperibili sul mercato.

Alla gara hanno partecipato la Abbott s.r.l. (d'ora in poi, Abbott) in raggruppamento temporaneo di imprese con la Belli s.r.l., la Roche Diagnostics s.p.a. (d'ora in poi Roche), la Siemens Healthcare s.r.l. (d'ora in poi, Siemens) e la Ortho Cline Diagnostic Italia s.r.l. (d'ora in poi, Ortho).

All'esito della procedura al primo posto in graduatoria si è collocata Roche; la Abbott si è collocata al secondo posto; al terzo posto Siemens ed al quarto ed ultimo posto Ortho.

2. Con ricorso depositato al Tar Toscana Siemens ha impugnato l'esito della gara. Nel corso del giudizio Abbott ha proposto ricorso incidentale, con il quale ha dedotto che Siemens avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara sia per mancanza, nella sua offerta, di uno dei "requisiti tecnici fondamentali" indicati dal Punto D), n. 16, del Capitolato Tecnico lotto 2, ossia per la mancanza di "Soluzioni od accorgimenti atti ad implementare soluzioni di ridondanza"; sia per l'assenza, nell'offerta economica, della quotazione di alcuni strumenti presenti nell'offerta tecnica.

3. Con sentenza n. 969 del 5 luglio 2018 la sez. III del Tar Toscana ha respinto sia ricorso incidentale che quello principale.

La sentenza è stata impugnata deducendo:

a) Omessa ed errata motivazione - Inadeguata ed incongrua considerazione delle ragioni allegare quanto al motivo A.1 di ricorso: Violazione di legge (lex specialis di gara; artt. 4, 5, 32, 48, 80 e 10, d.lgs. n. 50 del 2016) – Eccesso di potere per travisamento di fatto, contraddittorietà, difetto di motivazione e violazione del principio di segretezza, par condicio, imparzialità ed autonomia delle offerte.

Con il primo motivo Siemens ha contestato la mancata esclusione dalla gara delle società Roche e Abbott, prima e seconda classificata per il lotto n. 2.

In particolare, le due concorrenti avrebbero dovuto essere escluse perché Roche ha partecipato alla gara sia direttamente, in qualità di concorrente autonomo, sia indirettamente, con il ruolo di fornitore di buona parte dell'intero appalto di Abbott. Siffatta modalità di partecipazione, oltre a non essere consentita in forza di quanto previsto dal chiarimento n. 37, ha determinato un legame tra le due offerte tale da renderle riconducibili ad un unico centro decisionale ex art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente alterazione del confronto concorrenziale.

Dall'esame dell'offerta economica della seconda classificata Abbott è emerso che i test (e strumenti) offerti da quest'ultima sono per la gran parte prodotti dalla prima classificata Roche; in particolare, sulla base dei nomi di prodotti e degli strumenti ivi indicati (il nome "Cobas" è indicativo di prodotti Roche), risulta che l'84,46% degli esami complessivamente offerti da Abbott viene effettuato con

strumentazione, reagenti e servizi forniti a quest'ultima da Roche. Ciò ha determinato un legame tra gli offerenti e tra le due offerte che ha dato luogo a duplicazioni, condizionamenti ed interferenze reciproci tali da ledere i principi di segretezza, imparzialità, indipendenza ed unicità delle offerte e di par condicio. Infatti, Abbott, non essendo un rivenditore (inteso nel senso tecnico del termine, ovvero colui che stabilmente vende prodotti di terzi in base a un contratto di distribuzione, vendita o concessione), ma solo fornitore in funzione della gara dei prodotti di Roche, ha dovuto necessariamente interloquire con quest'ultima al fine di conoscere le caratteristiche della strumentazione acquistata per poi predisporre la propria offerta.

L'esclusione delle prime due graduate avrebbe dovuto essere disposta in doverosa osservanza di quanto previsto dal chiarimento n. 37, secondo cui "non è invece consentito concorrere nel medesimo lotto da un lato come un'impresa o componente di RTI e, dall'altro, come rivenditore di altro concorrente (singolo o RTI)", che non andrebbe interpretato, come afferma il giudice di primo grado, nel senso di vietare la partecipazione dello stesso operatore economico ora in qualità di "produttore", ora di "rivenditore di prodotti altrui", inteso in senso tecnico, come colui che vende i prodotti altrui in forza di un contratto di concessione, di vendita o di distribuzione.

Contrariamente a quanto affermato dal TAR, la sola circostanza che circa l'85% delle prestazioni richieste siano fornite dallo stesso concorrente in entrambe le offerte (Roche offre tutti i test nella sua offerta e fornisce 16.404.276 test su 19.422.337 in quella di Abbott), costituisce un elemento serio, probante, oggettivo ed univoco che le due offerte sono legate da un tratto ampiamente comune e che sono riconducibili al medesimo centro decisionale.

b) Error in iudicando – Omessa e errata motivazione - Inadeguata considerazione delle ragioni allegare quanto al motivo B.1.1: Violazione della lex specialis e principi di parità di trattamento e par condicio – Eccesso di potere per illogicità.

Roche avrebbe dovuto essere esclusa per non aver imputato ad ogni presidio i relativi costi per i lavori impiantistici ed edili, pur avendo computato i costi di ristrutturazione.

L'offerta di Roche avrebbe dovuto essere esclusa anche perché difforme dalle caratteristiche obbligatorie della lex specialis e quindi non accettabile dall'Ente né comparabile con le altre offerte che si sono attenute alle regole di gara.

c) Error in iudicando – Omessa e errata motivazione - Inadeguata considerazione delle ragioni allegare da Siemens quanto al motivo di ricorso B.1.2 e B.1.3: Violazione di legge (principi in materia di qualificazione – Artt. 28, 30 e 84 e ss., d.lgs. n. 50 del 2016) – Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di istruttoria e contraddittorietà della motivazione - Erroneità dei presupposti di fatto e di diritto - Illogicità e contraddittorietà manifesta - Violazione di legge (artt. 30 e 83 ss., d.lgs. n. 50 del 2016).

Roche avrebbe dovuto essere esclusa per aver assunto anche il compito di eseguire i lavori richiesti dal bando, tramite subappalto, senza essere tuttavia qualificata per farlo.

Erroneamente il Tar ha giudicato tardiva (e, comunque, immotivatamente infondata) tale censura sul rilievo che avrebbe dovuto essere proposta entro il termine di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a..

d) Violazione di legge (artt. 30 e 83 ss., d.lgs. n. 50 del 2016).

Con il quarto motivo l'appellante ha esteso la precedente censura anche alla normativa di gara, affermandone l'illegittimità del bando, del disciplinare e dei capitolati e relativi allegati nella parte in cui non hanno previsto i necessari requisiti di qualificazione (necessari in quanto pretesi dalla legge), in contrasto con l'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, laddove esso esige che l'affidamento dei contratti pubblici ai sensi del Codice deve garantire la qualità delle prestazioni, nonché con gli artt. 83, 84 e 85 del medesimo Codice, laddove regolamentano (e, quindi, presuppongono) i suddetti requisiti di qualificazione per i lavori, nonché con tutte le previsioni in vigore ai sensi della disciplina transitoria ex artt. 216-218 del Codice (tra i quali, il Titolo III, Parte II, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e relativi allegati e art. 12, d.l. 28 marzo 2014, n. 207). Essa, dunque, non può essere invocata per superare o disapplicare le disposizioni di legge che si sono elencate.

Anche questo motivo è stato erroneamente ritenuto irricevibile (e, comunque, immotivatamente infondato).

e) Error in iudicando – Omessa e errata motivazione - Inadeguata considerazione delle ragioni allegate da Siemens quanto al motivo di ricorso B.2.1: Anomalia dell'offerta di Abbott – Eccesso di potere per illogicità manifesta – Violazione di legge (art. 97, d.lgs. n. 50 del 2016, principi in materia di verifica di anomalia delle offerte e principi di efficienza e par condicio – Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Abbott avrebbe dovuto essere esclusa per essere stati quotati canoni di noleggio anormalmente bassi, pari all'86% in meno rispetto alle quotazioni della stessa Roche (che è la produttrice degli strumenti) e pari a meno dello 0,15% del valore commerciale degli stessi, come dichiarato da controparte.

f) Censure dirette alla rettifica dei punteggi assegnati dalla Commissione - Error in iudicando – Omessa e errata motivazione - Inadeguata considerazione delle ragioni allegate da Siemens (motivo gruppo C): Eccesso di potere per perplessità, illogicità, travisamento di fatto e difetto di motivazione – Violazione dei principi di imparzialità, efficacia, economicità, proporzionalità e parità di trattamento – Art. 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

Alcuni punteggi attribuiti alle offerte delle concorrenti collocate al primo e al secondo posto in graduatoria non sono corretti.

g) In via subordinata: Error in iudicando – Omessa ed errata motivazione - Inadeguata considerazione delle ragioni allegate da Siemens quanto al motivo di ricorso D: violazione di legge (art. 77 del Codice dei contratti - principi in tema di buona andamento, adeguatezza e correttezza dell'azione amministrativa) – Difetto di motivazione.

La Commissione di gara si è avvalsa di due professionisti, affidando loro compiti valutativi. L'irregolare operato della Commissione determina l'illegittimità della successiva valutazione e travolge, di conseguenza, anche l'intera procedura e l'aggiudicazione della commessa, che dovranno essere rinnovate.

h) Motivi aggiunti in primo grado, assorbiti dal Tar Toscana.

A fronte del ricorso incidentale di Abbott, Siemens ha censurato, tramite motivi aggiunti, la *lex specialis* nella parte invocata da Abbott.

Il Tar ha respinto nel merito il ricorso incidentale di Abbott, dichiarando assorbiti i motivi di Siemens. Siemens ha, quindi, riproposto formalmente i motivi aggiunti dichiarati assorbiti dal Tar.

h.1) Primo motivo aggiunto: Violazione di principi in materia di trasparenza, *clare loqui*, ragionevolezza, proporzionalità, economicità e *par condicio* – Art. 4, d.lgs. n. 50 del 2016; artt. 1337 e 1338 cod. civ.. Eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità e contraddittorietà manifesta.

Il punto D, n. 16 del Capitolato tecnico - lotto 2 menziona, tra i requisiti tecnici fondamentali del sistema analitico, la presenza di “soluzioni od accorgimenti atti ad implementare soluzioni di ridondanza”.

Abbott, nel ricorso incidentale, ha sostenuto che fosse obbligatorio, per rispettare il predetto requisito, offrire strumenti analitici in duplice copia.

Da tale clausola non è, in alcun modo, possibile desumere ciò. Ma se così interpretata, la clausola sarebbe illegittima per violazione del principio di trasparenza (*clare loqui*) da parte della P.A., atteso che il significato voluto da Abbott non è affatto percepibile sulla base del tenore letterale della stessa, posto che con essa si chiede, genericamente, la presenza di soluzioni o accorgimenti che siano adatti ad implementare soluzioni di ridondanza, senza mai specificare né che tali soluzioni devono essere estese a qualsivoglia strumento presente in offerta, né che devono essere attuate necessariamente ed unicamente mediante duplicazione fisica e non mediante altre soluzioni.

h.2) In via subordinata: Violazione dei principi in materia di ragionevolezza, proporzionalità, economicità, *favor participationis* e *par condicio* – Art. 4, d.lgs. n. 50 del 2016; artt. 1337 e 1338 cod. civ.) – Eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità e contraddittorietà manifesta.

Abbott ha censurato l'offerta di Siemens perché nel caso della Fondazione Monasterio prevede soluzioni di ridondanza mediante backup metodologico e supporto tecnico di assistenza celere.

Ma se la clausola di “soluzioni od accorgimenti atti ad implementare soluzioni di ridondanza” fosse da interpretare in modo da escludere la possibilità di garantire la ridondanza mediante backup metodologico o supporto tecnico, essa sarebbe illegittima per illogicità e violazione dei principi di *par condicio* e *favor participationis* e della regola di equivalenza che vige in materia di appalti pubblici: lo scopo (assicurare la regolare operatività dei laboratori in presenza di interruzioni del servizio) può, infatti, essere conseguito, in modo del tutto equivalente, sia tramite il backup metodologico, sia mediante la disponibilità di un rapido servizio di assistenza tecnica celere che garantisca il ripristino di uno strumento unico in tempi comunque compatibili con le esigenze di laboratorio.

4. Siemens ha altresì chiesto di condannare la stazione appaltante al risarcimento in forma specifica del danno subito, disponendo il proprio subentro nel contratto, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso o, in subordine, per equivalente, in misura non inferiore all'11% del corrispettivo contrattuale (€ 36.966.138,55), pari alla redditività tipica dell'attività della appellante ovvero, in ulteriore subordine, nella misura del 10% del corrispettivo contrattuale, nonché del danno curriculare

e del danno da ritardo, nella ulteriore misura del 10% del corrispettivo contrattuale, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali.

5. Si è costituita in giudizio Estar - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale per la Regione Toscana, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

6. Si è costituita in giudizio Roche Diagnostics s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello. Ha altresì chiarito, in punto di fatto, che in data 13 giugno 2018 è stata sottoscritta la convenzione con Estar e sono stati autorizzati i subappalti. Roche ha inoltre evaso i primi ordini di fornitura.

7. Si è costituita in giudizio la Abbott s.r.l., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

8. Con appello incidentale, depositato il 9 novembre 2018, Abbott ha affermato che Siemens avrebbe dovuto essere esclusa per la mancata indicazione, nella sua offerta, di uno dei "requisiti tecnici fondamentali" richiesti a pena di esclusione dal Disciplinare (pagg. 19 e 23), ovvero per la mancanza di "soluzioni od accorgimenti atti ad implementare soluzioni di ridondanza" dei "sistemi analitici" (punto D, n. 16, del Capitolato Tecnico, lotto 2).

Siemens, inoltre, avrebbe dovuto essere esclusa per difformità tra l'offerta tecnica e l'offerta economica presentate. In particolare, degli strumenti offerti da Siemens (riconducibili a sei macro-categorie: Automazione FlexLab, Altre categorie connesse, Piattaforme Analitiche, Pre-Analitiche, Software e Accessori) nell'offerta economica non è presente alcuna quotazione della strumentazione riconducibile a due di queste (nella specie, a Software e Accessori).

9. L'Azienda U.S.L. Toscana Nord – Ovest non si è costituita in giudizio.

10. La A.O.U. Careggi di Firenze non si è costituita in giudizio.

11. La A.O.U. Meyer di Firenze non si è costituita in giudizio.

12. La Fondazione Toscana "Gabriele Monasterio" non si è costituita in giudizio.

13. La Belli s.r.l. non si è costituita in giudizio.

14. Alla camera di consiglio dell'8 novembre 2018 l'esame dell'istanza di sospensione cautelare dell'impugnata sentenza del Tar Toscana, sez. III, n. 969 del 5 luglio 2018 è stata riunita al merito.

15. Alla pubblica udienza del 28 febbraio 2019 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la Siemens Healthcare s.r.l. impugna la sentenza della sez. III del Tar Toscana n. 969 del 5 luglio 2018, che ha respinto il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione del lotto 2 della gara (suddivisa in due lotti differenziati per le caratteristiche tecniche delle piattaforme, automatizzate per il lotto 1 e ad elevata automazione per il lotto 2) bandita dall'Ente per il Supporto Tecnico Amministrativo Regionale per la Regione Toscana (d'ora in poi, Estar) per la stipula di una "fornitura quinquennale in service di piattaforme analitiche e pre-analitiche ad elevata automazione Corelab per i laboratori analisi dell'Azienda USL Area Nord Ovest (ex Asl 1 Massa-Carrara, ex Asl 2 Lucca, ex Asl 5 Pisa, ex Asl 6 Livorno, ex Asl 12 Versilia, dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi di Firenze, dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Meyer di Firenze, della Fondazione Toscana Gabriele Monasterio", per un importo pari a € 50.748205,00.

La gara è stata aggiudicata alla Roche Diagnostics s.p.a. (d'ora in poi Roche); secondo graduato il raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo Abbott; al terzo posto Siemens Healthcare s.r.l. (d'ora in poi, Siemens) e al quarto ed ultimo posto Ortho Cline Diagnostic Italia s.r.l. (d'ora in poi, Ortho).

Nel giudizio dinanzi al Tar Toscana la società Abbott aveva proposto ricorso incidentale, affermando che Siemens avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato una offerta non conforme alle prescrizioni della lex specialis di gara e per difformità tra l'offerta economica e quella tecnica. Con appello incidentale impugna la sentenza del Tar nella parte in cui ha respinto i motivi dedotti.

2. Il Collegio ritiene di principiare dall'esame dell'appello principale, con il quale sono dedotti motivi volti all'esclusione della prima e della seconda graduata e un motivo volto, invece, al rinnovamento dell'intera procedura.

Con il primo motivo Siemens afferma che Abbott e Roche avrebbero dovuto essere escluse per avere Roche partecipato alla gara sia direttamente, in qualità di concorrente autonomo, sia indirettamente, con il ruolo di fornitore di buona parte dell'intero appalto di Abbott, ingenerando in tal modo una sorta di collegamento tra le due società. L'esclusione sarebbe stata prevista, per questa ipotesi, dal chiarimento n. 37 del 29 novembre 2016 fornito dalla stazione appaltante. Aggiungasi che il doppio ruolo svolto, di fatto, da Roche avrebbe reso riconducibile l'offerta di questa società e dell'Abbott ad un unico centro decisionale ex art. 80, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con conseguente alterazione del confronto concorrenziale.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Due sono i chiarimenti che prima facie si occupano della fattispecie, con formulazione peraltro di non esemplare linearità, dando così luogo a difficoltà interpretativa.

Il quesito n. 37 del 29 novembre 2016 che, riferendosi al "rivenditore", alle domande "E' possibile la partecipazione ad un lotto di gara in qualità di componenti di Rti e ad un altro lotto di gara in qualità di rivenditore del concorrente (singolo o in Rti)? E' consentito concorrere nel medesimo lotto da un lato come impresa singola e dall'altro come rivenditore di altro concorrente (singolo o in Rti)?" ha risposto "E' possibile la partecipazione ad un lotto di gara in qualità di componenti di Rti e ad un altro lotto di gara in qualità di rivenditore del concorrente. Non è invece possibile concorrere nel medesimo lotto da un lato come impresa singola o componente di Rti e dall'altro come rivenditore di altro concorrente (singolo o in Rti).

Il quesito n. 34 dell'1 dicembre 2016, che si riferisce al "fornitore", è espressamente collegato alla clausola del Disciplinare che riguarda la "Rivendita" (punto B.9, pag. 13), la quale prevede che "nel caso in cui un prodotto sia commercializzato da una sola ditta sul mercato ed essa non partecipi alla presente gara, quest'ultima dovrà fornirlo alle stesse condizioni alle imprese concorrenti che gliene faranno richiesta".

Con il citato quesito n. 34 è stato chiesto "In merito alla prescrizione del disciplinare di gara "Rivendita:... poiché il produttore nell'ambito della sua libertà di iniziativa imprenditoriale potrebbe decidere di partecipare in proprio alla gara e le imprese concorrenti che abbiano richiesto la rivendita

non possono saperlo prima della presentazione delle offerte, al fine di garantire la più ampia concorrenzialità possibile si chiede di confermare che la medesima prescrizione valga anche nel caso in cui il produttore decida di partecipare in proprio alla gara e che quindi esso dovrà fornire il prodotto alle stesse condizioni a tutte le aziende che lo chiedano in rivendita indipendentemente dalla sua partecipazione o meno alla gara e dai quantitativi offerti in rivendita”.

Al quesito è stato risposto che “La ditta concorrente non potrà partecipare in forme diverse (sia come impresa singola sia in Rti) nello stesso lotto. Lo stesso fornitore potrà effettuare la rivendita dei suoi prodotti ad altri concorrenti partecipanti allo stesso lotto a patto che tali prodotti non costituiscano la quota prevalente della rispettiva offerta e che siano rivenduti agli altri partecipanti alle medesime condizioni.”.

Come correttamente affermato dal giudice di primo grado, si tratta con tutta evidenza della disciplina di due fattispecie diverse: la prima (quesito n. 37) relativa al concorrente che vende prodotti “altrui” (cd. rivenditore), di cui ha la disponibilità in forza di un contratto di concessione di vendita o di distribuzione; la seconda (quesito n. 34) di concorrente che fornisce prodotti propri. In quest’ultima ipotesi è possibile effettuare la rivendita dei prodotti ad altri concorrenti partecipanti allo stesso lotto a patto che tali prodotti non costituiscano la quota prevalente. Anche Siemens ammette (pag. 14 dell’atto di appello) che “Abbott non è un rivenditore (in senso proprio) che, in forza di un contratto a monte vende stabilmente i prodotti di Roche”.

Corollario obbligato di tale premessa è che i principi che governano la fattispecie in esame sono quelli espressi nel chiarimento n. 34 dell’1 dicembre 2016, che prevede la possibilità per il fornitore (nella specie, Roche) di partecipare in proprio alla gara e di fornire ad altro partecipante una parte dei prodotti da quest’ultimo offerti, purchè non “costituiscano la quota prevalente della rispettiva offerta”, essendo invece del tutto preclusa dalla *lex specialis* la diversa ipotesi – che non ricorre nel caso in esame – della contemporanea partecipazione allo stesso lotto come produttore e come rivenditore di altro concorrente.

Come condivisibilmente affermato dal giudice di primo grado, al fine di stimare la “quota” di tali prodotti occorre fare riferimento non alla quantità degli stessi rispetto al totale dei componenti dell’offerta tecnica, la quale costituisce peraltro la sommatoria di elementi alcuni dei quali ben diversi tra loro, ma al loro peso nell’offerta economica, peso che nella specie è inferiore al 40%.

Giova peraltro aggiungere che, come si è detto, le risposte ai due quesiti non sono di esemplare linearità, come dimostra la differente interpretazione che degli stessi può essere data.

Trova quindi in ogni caso applicazione il principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui, a fronte di una clausola che potrebbe avere portata escludente e a fronte del carattere non univoco della stessa disposizione, l’interprete deve conformare la propria attività interpretativa al criterio del *favor participationis*, favorendo l’applicazione della disposizione che consenta la massima partecipazione possibile alla procedura (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3507).

3. Con la seconda censura, anch'essa dedotta con il primo motivo di appello, Siemens riconduce la fattispecie in esame ad una ipotesi di collegamento tra concorrenti, che porta, per espressa previsione normativa, all'esclusione delle imprese collegate dalla gara.

Anche questa censura non è suscettibile di positiva valutazione.

L'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede infatti che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto ..., lett. m), l'operatore economico che "si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale."

Ricorda il Collegio che per accertare se ricorre siffatta ipotesi di esclusione occorrerebbe una situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 cod. civ..

Nella fattispecie in esame è escluso che sussiste un controllo o un collegamento tra Roche e Abbott ex art. 2359 cod. civ., prevedendo tale norma che sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Sono invece considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

Esclusa tale forma di controllo e di collegamento ex art. 2359 cod. civ., occorre verificare l'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte. Ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un "unico centro decisionale" deve essere effettuata ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale (Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; 10 gennaio 2017, n. 39).

La presenza di una certa quantità di prodotti Roche nell'offerta Abbott non è da sola indizio sufficiente di un collegamento tra le due società, e cioè dell'esistenza di un unico centro decisionale che si celerebbe dietro la partecipazione alla gara delle due società.

4. Un secondo gruppo di motivi è rivolto a far escludere dalla gara la prima (Roche) e la seconda (Abbott) classificata così che Siemens, terza classificata, diventi prima.

Con il secondo motivo di appello Siemens afferma che Roche avrebbe dovuto essere esclusa per non aver imputato ad ogni presidio i relativi costi per i lavori impiantistici ed edili, pur avendo computato i costi di ristrutturazione

Al fine del decidere appare necessario ricordare che sui costi dei lavori da effettuare nei laboratori per installare i macchinari la stazione appaltante è intervenuta con più chiarimenti. Con il chiarimento

reso il 13 gennaio 2017 ha affermato che “il pagamento dei lavori di adeguamento e ristrutturazione da effettuarsi in ogni laboratorio dovrà essere imputato alle rispettive Aziende Sanitarie/Aziende Ospedaliere, sotto forma di canone annuale che dovrà essere indicato nei files .xls relativi al Dettaglio Offerta Economica per ognuno dei lotti. Questa modalità consentirà di imputare correttamente gli effettivi costi sostenuti in maniera proporzionale per ogni Azienda Sanitaria, senza essere distribuiti in forma generalizzata sull'intera offerta e gravare indistintamente su tutte le Aziende”. La stazione appaltante ha quindi disposto che i costi fossero a carico della singola Azienda per la quale i lavori sono effettuati.

La Roche ha previsto lavori edili ma ha ritenuto di non addebitare alle singole Aziende alcun costo. Ha infatti indicato nel capo “canone per lavori di ristrutturazione/adeguamento locali” il valore “0,00 zero/0”, ribadendo tale quotazione anche in corrispondenza dell'analogo voce riportata in calce al modulo contenente l'offerta economica dettagliata”.

Ciò chiarito, il Collegio condivide le conclusioni del giudice di primo grado in ordine alla mancanza, nella lex specialis di gara, di una espressa previsione di esclusione per l'ipotesi di accollo del costo dei lavori in capo al concorrente. In altri termini, era previsto che i lavori dovessero essere pagati dalla singola Azienda ma non era inibito al concorrente di accollarseli. Anzi, lo stesso chiarimento n. 37 precisava che “la predisposizione dei canoni sarà giustificata a fronte di costi per lavori aventi notevole rilevanza”, senza che da tale previsione sia per nulla evincibile che erano da ricomprendere nei lavori di “notevole rilevanza” anche quelli di importo inferiore a 150.000 euro che non appaiono, con tutta evidenza, di “notevole rilevanza”, soprattutto se rapportati la valore dell'appalto.

Né, come afferma la stessa appellante, può ritenersi applicabile la clausola del Disciplinare (pag. 16) secondo cui “Non saranno accettate offerte economiche riportanti costi di locazione degli strumenti pari a 0 (zero), in quanto una futura maggiore attività dei laboratori non porterebbe a possibilità di risparmio”. Si tratta, infatti, di fattispecie ben diversa da quella relativa alla mancata indicazione (e attribuzione alla Asl) del costo dei lavori necessari per installare i macchinari, con conseguente applicazione del principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui le cause di esclusione dalla gara sono tassative e di stretta interpretazione (Cons. St., sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5765).

In effetti la stessa Siemens non contesta la non remuneratività dell'offerta di Roche. Afferma, infatti, che Roche non si sarebbe accollata il costo dei lavori ma l'avrebbe spalmato sul prezzo “abnorme” dei reagenti, con la conseguenza che, in violazione del chiarimento n. 37 del 13 gennaio 2017 non sarebbe stato attribuito alle singole Aziende sanitarie e Presidio Ospedaliero, in relazione agli effettivi costi sostenuti ma indistintamente su tutti.

Anche questa censura non è suscettibile di positiva valutazione dal momento che non è effettivamente comprovato l'assunto dell'abnormità del prezzo dei reagenti, che si basa in effetti più su presunzioni che su dati concreti. E' invece certo che i reagenti sono stati offerti a prezzi pressoché identici sia per il lotto 2 che per il lotto 1, ma per quest'ultimo è stato anche indicato il costo dei lavori. Ove fosse stata veritiera la tesi per cui il prezzo dei reagenti sarebbe stato gonfiato per

conglobare quello dei lavori non computati, nel caso di lotto 1 il costo dei lavori sarebbe stato computato due volte, nel prezzo (“gonfiato”) dei reagenti e come voce a sé.

5. Con il terzo motivo di appello Siemens afferma che la determinazione di Roche di affidare in subappalto i lavori di ristrutturazione e adeguamento dei locali non la esonera dall’obbligo di dimostrare in capo ai subappaltatori la qualifica SOA atteso che, come peraltro chiarito anche dalla Stazione appaltante, ciò è necessario in presenza di subappalti di importo superiore a euro 150.000, come espressamente previsto dall’art. 84, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il giudice di primo grado ha condivisibilmente dichiarato tardiva tale censura sul rilievo che la determinazione n. 532 del 3 aprile 2017, contenente l’ammissione dei concorrenti alla procedura, avrebbe dovuto essere impugnata in parte qua nel termine previsto dal comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a., decorrente dalla sua pubblicazione sul sito web della stazione appaltante, avvenuta lo stesso 3 aprile 2017. La determina n. 532 del 2017, che ha disposto l’ammissione delle quattro concorrenti in gara, all’allegato A espone nel dettaglio la posizione di ognuna delle concorrenti. In relazione alla Roche chiarisce che la stessa ha dichiarato di voler subappaltare i lavori edili ed impiantistici nella misura totale del 6,77% dell’Importo contrattuale, ad una terna di imprese (Inter s.r.l., Edilpiazzatorre s.r.l. e Costruedil).

Giova peraltro ricordare che sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tar Piemonte (ord., sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88), alla quale ha fatto cenno il giudice di primo grado, è intervenuta la Corte di Giustizia Ue (ord., 14 febbraio 2019, C- 54/18 – Cooperativa Animazione Valdocco). Il Giudice eurounitario ha premesso che l’obiettivo posto dall’art. 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665 di garantire l’esistenza di ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici può essere conseguito soltanto se i termini prescritti per proporre siffatti ricorsi iniziano a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente abbia avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza dell’asserita violazione di dette disposizioni (sentenze del 28 gennaio 2010, Uniplex (UK), C 406/08, EU:C:2010:45, punto 32; del 12 marzo 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, punto 52, nonché dell’8 maggio 2014, Idrodinamica Spurgo Velox e a., C 161/13, EU:C:2014:307, punto 37). Da tale premessa la Corte di Giustizia ha fatto conseguire che una normativa nazionale, quale il comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a. – che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati – è compatibile con la direttiva 89/665 solo a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell’Unione dagli stessi lamentata. Secondo costante giurisprudenza della Corte (sentenze del 15 ottobre 1987, Heylens e a., 222/86, EU:C:1987:442, punto 15, nonché del 4 giugno 2013, ZZ, C 300/11, EU:C:2013:363, punto 53), infatti, l’efficacia del controllo giurisdizionale garantito dall’art. 47 della Carta presuppone che l’interessato possa conoscere la motivazione su cui si fonda la decisione adottata nei suoi confronti,

vuoi in base alla lettura della decisione stessa vuoi a seguito di comunicazione della motivazione effettuata su sua richiesta, al fine di consentirgli di difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente, nonché per porre pienamente in grado quest'ultimo di esercitare il controllo sulla legittimità della decisione nazionale in questione.

Il contenuto inequivoco ed in parte qua esauriente della determinazione n. 532 del 2017 non è stato oggetto di rilievo da parte di Abbott, che non ha dunque negato la possibilità concreta di evincere elementi per poter censurare, sin dall'aprile del 2017, l'asserita illegittima ammissione della controinteressata alla gara.

La preclusione, normativamente prevista, di impugnare unitamente all'aggiudicazione l'ammissione alla gara delle altre concorrenti, in presenza della condizione rilevata dalla Corte di Giustizia, è stata da quest'ultima ritenuta, nella citata ordinanza 14 febbraio 2019, C- 54/18, non confliggente con i principi eurounitari. È stato, infatti, affermato che la direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2014/23, e in particolare i suoi artt. 1 e 2 quater, letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata. La realizzazione completa degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati e agli offerenti fosse consentito far valere, in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione, infrazioni alle norme di aggiudicazione degli appalti, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni (sentenze del 12 dicembre 2002, *Universale-Bau e a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punto 75; dell'11 ottobre 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, EU:C:2007:597, punto 51, nonché del 28 gennaio 2010, *Commissione/Irlanda*, C-456/08, EU:C:2010:46, punto 52). Infatti, un comportamento del genere, potendo ritardare senza una ragione obiettiva l'avvio delle procedure di ricorso che la direttiva 89/665 impone agli Stati membri di porre in essere, è tale da nuocere all'applicazione effettiva delle direttive dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza del 12 febbraio 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, EU:C:2004:93, punto 38).

6. Nonostante il carattere assorbente del rilievo in rito, il Collegio rileva, per mera completezza espositiva, che in ogni caso la censura non sarebbe stata suscettibile di positiva valutazione dal momento che l'appalto di cui è causa, contrariamente a quanto afferma Siemens, non è un appalto misto di fornitura e lavori ma di sola fornitura (come inequivocabilmente reca la rubrica del bando di gara), con la possibilità per l'aggiudicatario di dover fare lavori edili per adeguare i locali a contenere i

macchinari; i lavori hanno dunque un carattere “accessorio e servente”, minimale rispetto all’oggetto dell’appalto, che consiste nella fornitura di piattaforme analitiche e pre analitiche, di calibratori e di reagenti. Lo stesso Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), all’art. 3, comma 1, lett. tt), chiarisce che sono “appalti pubblici di forniture, i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l’acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l’acquisto a riscatto, con o senza opzione per l’acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione”.

Infine, va rilevato come la *lex specialis* nulla disponga in ordine alla necessità della qualificazione dei concorrenti per i lavori da eseguire.

Il chiarimento n. 37 del 13 gennaio 2017 prevedeva invece che “qualora i partecipanti alla gara scegliessero di avvalersi del subappalto e/o del raggruppamento temporaneo d’impresa, i relativi partners dovranno compilare, ognuno per le parti di competenza, il DGUE (Documento Di Gara Unico Europeo). Nel caso in cui il subappalto e/o il raggruppamento temporaneo d’impresa riguardino i lavori, le ditte esecutrici dovranno essere in possesso dei requisiti previsti per le SOA, in rapporto agli importi stimati per l’esecuzione dei suddetti lavori”. E’ dunque sui subappaltatori che la stazione appaltante dovrà verificare il possesso del requisito della qualificazione.

7. Quanto argomentato sub 5 – e quindi la corretta qualificazione dell’appalto in questione come appalto di fornitura e non misto – porta alla reiezione anche del quarto motivo, con il quale Siemens afferma l’illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui non ha previsto i necessari requisiti di qualificazione.

8. Il Collegio ritiene di rinviare la delibazione del quinto e del sesto motivo di appello, dedotti avverso l’offerta presentata da Abbott, all’esito del vaglio degli ulteriori motivi dedotti contro l’offerta presentata da Roche o la valutazione dell’offerta presentata dalla stessa appellante, ove permanga l’interesse al loro esame nel merito. Se infatti si consolidasse il posto della prima graduata per effetto della reiezione di tutti i motivi, Siemens non avrebbe più interesse a censurare l’offerta di Abbott, non riuscendo in ogni caso ad aggiudicarsi la gara.

9. Si può prescindere dall’eccezione di inammissibilità dei motivi rivolti avverso l’offerta Roche, non correttamente valutata, essendo gli stessi infondati nel merito. E’ sufficiente solo ricordare che la valutazione delle offerte, così come l’attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice, è espressione dell’ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, sicché le relative censure, che investono il merito di tale valutazione, sono sottratte al sindacato di legittimità, salva l’ipotesi della loro manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti, dei quali non vi è prova nel caso di specie (Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2018, n. 5744). Tale principio costituisce un limite per questo stesso Collegio tutte le volte in cui i motivi che ci si appresta ad esaminare non sono tesi ad evidenziare un errore oggettivo nell’applicazione dei criteri o finanche un errore matematico nell’assegnazione dei punti quanto, piuttosto, un vizio nella valutazione di parti delle offerte tecniche.

Ciò chiarito, con il settimo motivo Siemens deduce l'illegittimo mancato scorporo dell'importo (1.145.519,70) relativo all'impianto di posta pneumatica e all'immunoanalizzatore Kryptor in quanto elemento non comune a tutti gli offerenti. Ciò in applicazione della clausola del disciplinare che prevede che il valore economico delle offerte sia "calcolato considerando solo gli elementi comuni".

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione atteso che, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, la clausola del disciplinare si riferiva agli analiti, a titolo non esemplificativo ma esclusivo. Tale conclusione risulta avvalorata dall'inciso, riportato tra parentesi accanto alla clausola in questione, che fa proprio riferimento alla "eventuale esclusione degli analiti facoltativi se non fossero comuni a tutte le ditte offerenti" nonché dalla ratio sottesa a tale previsione, che è quella di uniformare il più possibile le offerte economiche, risultato che può essere raggiunto scorpendo gli analiti facoltativi non comuni, ferma restando in ogni caso l'osservanza dell'obbligo di offrire almeno l'80% degli analiti di cui al "pannello analitico" allegato al Capitolato, percentuale che limita al minimo lo scostamento, quanto ad analiti offerti, fra le proposte dei diversi concorrenti.

10. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche l'ottavo motivo, con il quale si afferma che illegittimamente la Commissione ha attribuito a Roche il massimo punteggio per la voce "Tempi di riattivazione del sistema in alta automazione a seguito di guasti tre ore", avendo la società in effetti garantito un termine di otto ore.

Tale motivo è frutto di un equivoco tra quanto dichiarato da Roche nel Questionario tecnico genere D.9 relativo al sistema di automazione (nove ore) e quanto dichiarato invece nell'Allegato B.2 "Relazioni caratteristiche obbligatorie e preferenziali". In quest'ultimo documento, che individua gli interventi offerti per risolvere eventuali guasti, è chiarito che il ripristino del sistema di alta automazione è previsto – e dunque effettuato – in due ore.

11. Il nono motivo è volto a denunciare l'illegittima assegnazione di tre punti alle società Roche, Abbott e Siemens in relazione al criterio AD "Completezza del pannello analitico", pur avendo la stessa appellante offerto un maggior numero di analiti (Siemens 241 tipi di analiti; Roche 229, Abbott 225 e Ortho 196); inoltre, la Commissione avrebbe preso in considerazione i soli analiti "consolidati", ossia connessi all'automazione. Ad avviso dell'appellante il punteggio avrebbe dovuto essere proporzionale al numero degli analiti complessivamente offerti.

Anche questo motivo è privo di pregio atteso che il punteggio è stato assegnato dalla Commissione sulla base non solo della quantità degli analiti offerti ma anche del grado di copertura del pannello. La stazione appaltante, nel chiarimento n. 27 del 7 novembre 2016 ha infatti precisato che "I concorrenti nei loro progetti dovranno fornire un sistema di automazione che preveda principalmente strumentazioni di immunometria e chimica clinica, rientrando nella soglia minima dell'80% dei pannelli analitici pubblicati. Per completare e ampliare la tipologia di esami richiesti sarà possibile includere nei rispettivi progetti ulteriori strumenti, i quali dovranno, però, far parte del sistema principale che rimane quello riferito ai tests di immunometria e chimica clinica, tenuto conto che uno dei principali obiettivi della gara è quello di raggiungere il maggior consolidamento dell'attività sul minor numero possibile di strumentazioni". Evidente quindi che non aveva rilievo

solo l'aspetto quantitativo dell'offerta ma anche – se non soprattutto – quello qualitativo, con la logica conseguenza che il punteggio attribuito non poteva essere meramente proporzionato al numero dei tipi di analiti offerti.

Né tale scelta della stazione appaltante – che Siemens sembra criticare in via gradata – appare al Collegio irragionevole, atteso che in forniture così complesse non è certo l'aspetto quantitativo quello che più rileva quanto, piuttosto, quello legato alla qualità.

Coerente con il criterio che è alla base della valutazione della voce AD “Completezza del pannello analitico” è l'omessa menzione, in sede di attribuzione del punteggio, degli otto test offerti da Siemens, perché “non consolidati”, ossia eseguiti tramite analizzatori Kryptor non connessi al sistema di automazione.

12. Anche con riferimento al criterio CK “Numero di ulteriori tecnologie collegabili al sistema di automazione” si solleva la questione (decimo motivo di appello) del tipo di valutazione effettuata dalla Commissione, pure in questo caso qualitativa oltre che quantitativa.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Nel Disciplinare, nella tabella relativa alle componenti dell'offerta tecnica, alla lett. K è riportato “Numero di ulteriori tecnologie collegabili al sistema di automazione (vedere le singole relazioni delle Aziende Sanitarie in coda al capitolato + Nota in Capitolato)”; è evidente che nel giudicare in parte qua l'offerta occorre fare riferimento non solo al numero di ulteriori tecnologie collegabili ma anche alla loro più o meno rispondenza ai singoli progetti delle Aziende sanitarie interessate. La Commissione di gara, nel valutare le offerte, ha considerato entrambi gli elementi (quantitativo e qualitativo), tanto che ha assegnato a Siemens un punteggio doppio (1) rispetto a quello assegnato a Roche (0,50).

13. Non è suscettibile di positiva valutazione l'undicesimo motivo, con il quale Siemens lamenta, in relazione al criterio J “Modalità di gestione e ottimizzazione rerun, reflex tests, add on”, l'illogicità della valutazione della Commissione che avrebbe assegnato punteggi diversi pur avendo presentato nei due lotti (1 e 2) la medesima strumentazione. In particolare, nel lotto n. 2 ha ottenuto un punteggio inferiore (0,70 punti rispetto ad 1 punto attribuito all'offerta presentata per il lotto 1) per un rilievo della Commissione circa le caratteristiche dello storage refrigerato (mancanza di accesso manuale), estraneo al criterio.

Giova premettere che, come correttamente afferma anche l'appellante, i due criteri, lessicalmente, non sono identici differendo per la menzione della “ottimizzazione” della coda analitica, quindi per un aspetto di non secondario rilievo. Aggiungasi che, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, la diversità di punteggi dipende dalla differente impostazione, per i due lotti, dei criteri valutativi inerenti le modalità di stoccaggio delle provette. A differenza che nel lotto 2, nel lotto n. 1 lo stoccaggio forma espreso oggetto del criterio di valutazione G “Tipologia, tracciabilità e modalità di stoccaggio delle provette”. E ciò a prescindere dal rilievo, che assume carattere assorbente, che ove pure i criteri di valutazione fossero identici per i due lotti, l'appellante avrebbe al più dimostrato

l'illogicità dell'attribuzione di un punteggio diverso ma non certo che ad essere corretto sia il giudizio, più favorevole, attribuito per il lotto 1.

14. Con il dodicesimo motivo la Siemens afferma che in relazione al criterio valutativo H “Numero di analizzatori offerti più basso possibile, garantendone il back up”, la Commissione non si è limitata a considerare il numero degli analizzatori, peraltro sottostimato, ma ha esteso la valutazione alle modalità di back up strumentale garantite, alle modalità operative fronte macchina ed alla distribuzione dei test sugli analizzatori.

Anche in questo caso, come condivisibilmente affermato dal Tar, l'appellante ritiene erroneamente che la valutazione sia meramente quantitativa e non anche qualitativa, “occorrendo avere riguardo alle ricadute operative e pratiche di un numero maggiore o minore di analizzatori”. Anche solo facendo riferimento al tenore letterale del criterio valutativo, la *lex specialis* non richiama solo il “numero di analizzatori offerti” ma richiede che sia garantito il “back up”.

Appare poi condivisibile che il sistema Cobas 8000 per i laboratori ad alta produttività e Cobas 6000 per i laboratori a bassa produttività sono da considerare un unico analizzatore, in quanto i vari moduli che lo compongono hanno un'unica gestione ed un unico pannello di controllo.

15. Con il tredicesimo motivo si contesta, invece, il giudizio reso con riferimento al Criterio G “Numero e tipologia di parametri analitici consolidati sul sistema analitico”, avendo la Commissione errato nel valutare le offerte perché non ci sarebbe proporzione tra i valori presi a riferimento e i punteggi assegnati.

Anche questo motivo è privo di pregio atteso che lo scarto esiguo tra la quantità di analiti offerti dalle prime tre classificate (229 per Roche, 225 per Abbott e 233 per Siemens) giustifica il giudizio di “buono” attribuito a tutte le tre offerte.

16. Quanto, infine, al criterio valutativo T “Possibilità di consolidamento di metodologie diverse e di metodiche su un unico strumento in linea” Siemens deduce (quattordicesimo motivo) che erroneamente la Commissione ha “sommato” le possibilità di consolidamento tra più moduli di Roche, ritenendoli un unico strumento.

Ritiene il Collegio che il giudizio reso dalla Commissione, quale risulta dal verbale del 19 dicembre 2017, sia immune da vizi atteso che correttamente è stato valutato il diverso peso tra l'offerta dell'appellante dello strumento Dimension Vista, che consolida nella massima versione (1500) soltanto 100 metodiche, e quella di Roche, del sistema Cobas 8000 come unico strumento che consolida 213 metodiche.

17. La reiezione dei motivi dedotti contro la prima classificata e contro i punteggi attribuiti dalla Commissione alle offerte di Roche, Abbott e Siemens comporta la sopravvenuta carenza di interesse all'esame del quinto e del sesto motivo dedotto avverso l'offerta presentata da Abbott, seconda classificata. Ciò in quanto, ove anche detti motivi fossero fondati, Siemens, terza in graduatoria, non riuscirebbe ad aggiudicarsi la gara, essendo l'offerta della prima graduata Roche immune dai vizi contro la stessa rivolti.

18. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche il quindicesimo motivo che, ove accolto, avrebbe l'effetto di travolgere l'intera gara per avere la Commissione demandato a due consulenti esterni l'esame dei progetti relativi all'AUTO Meyer e ai laboratori della Fondazione Monasterio con riferimento al criterio di valutazione del criterio Y "Progetto nel suo complesso rispetto agli obiettivi richiesti e valutazione degli aspetti migliorativi per ogni struttura (lay out, ergonomia, ambiente lavoro, sostenibilità, pre-analitica)".

I consulenti in questione sono in realtà i rappresentanti delle due Aziende sanitarie, incaricati di redigere una relazione tecnica che illustrasse "i punti di forza e i punti deboli dei progetti predisposti dalle ditte concorrenti per i loro laboratori".

Non si tratta dunque di consulenza ma di una prima "lettura" dell'offerta, in parte qua, di soggetto appartenente all'Azienda destinataria della fornitura, il cui giudizio, reso in una relazione, è stato condiviso e fatto proprio dalla Commissione, l'unica poi a decidere e ad assegnare i punteggi.

19. L'infondatezza dei motivi dedotti con l'appello principale comporta il rigetto anche della domanda di risarcimento danni in forma specifica o, in subordine, per equivalente, nonché del danno curriculare e del danno da ritardo. E' noto, infatti, che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il risarcimento richiesto; la reiezione della parte impugnatoria del gravame impedisce infatti che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4588; id., sez. IV, 29 dicembre 2014, n. 6417; id., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6013; id. 27 agosto 2014, n. 4382; id. 13 gennaio 2014, n. 85; id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4628; id., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 176).

20. La reiezione dell'appello principale comporta altresì l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse dell'appello incidentale proposto dalla secondo graduata Abbott.

Conseguentemente è altresì improcedibile il sedicesimo motivo dell'appello principale, che riproduce l'atto di motivi aggiunti dedotti in primo grado ed assorbiti dal Tar, costituente, in effetti, argomentazione difensiva volta a paralizzare il ricorso incidentale.

Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. 19. L'appello principale deve dunque essere respinto, mentre quello incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Sussistono giusti motivi, in ragione della complessità della vicenda contenziosa, per compensare tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto: a) respinge l'appello principale; b) dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale.

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO