Pubblicato il 24/09/2019

N. 06355/2019REG.PROV.COLL.
N. 04176/2019 REG.RIC.
N. 04417/2019 REG.RIC.
N. 04393/2019 REG.RIC.
N. 04412/2019 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 4176 del 2019, proposto da Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria – Alisa – Area Centrale Regionale d'Acquisto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Gerolamo Taccogna e Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone n.44;

contro

Vacutest Kima S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Fulvio Lorigiola e Elena Laverda, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

nei confronti

Becton Dickinson Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da indicata in atti;

Greiner Bio-One Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Francesca Aliverti e Domenico Greco, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Domenico Greco in Roma, largo Messico 7;

Pro.Lab. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giulia Milo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Roma, via Giovannipoli n. 148;

sul ricorso numero di registro generale 4417 del 2019, proposto da

Greiner Bio-One Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Domenico Greco e Francesca Aliverti, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Domenico Greco in Roma, largo Messico 7;

contro

Vacutest Kima S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Fulvio Lorigiola e Elena Laverda, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, Area

Centrale Regionale D'Acquisto non costituita in giudizio;

Prolab S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Giulia Milo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Giulia Milo in Roma, via Giovannipoli n. 148;

nei confronti

Becton Dickinson Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

sul ricorso numero di registro generale 4393 del 2019, proposto da

Becton Dickinson Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Alisa – Area Centrale Regionale D'Acquisto – Sistema Sanitario Regione Liguria non costituita in giudizio;

Greiner Bio-One Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Francesca Aliverti e Domenico Greco, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Domenico Greco in Roma, largo Messico 7;

Prolab S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giulia Milo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Giulia Milo in Roma, via Giovannipoli n. 148;

Vacutest Kima S.r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Fulvio Lorigiola e Elena Laverda, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

sul ricorso numero di registro generale 4412 del 2019, proposto da Greiner Bio-One Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Domenico Greco e Francesca Aliverti, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Domenico Greco in Roma, largo Messico 7;

contro

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, Area Centrale Regionale D'Acquisto non costituita in giudizio;
Prolab S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giulia Milo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Giulia Milo in Roma, via Giovannipoli n. 148;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4417 del 2019:
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 360/2019, resa tra le parti, e non notificata, concernente la domanda di parziale annullamento della determinazione n. 66/2018, di rettifica dell'importo a base d'asta e la riapprovazione del disciplinare di gara con conseguenti adeguamenti relativi al prezzo a

base d'asta e l'offerta economica, per l'affidamento, della fornitura del lotto n. 1 ("Sistema sottovuoto per raccolta ematica e dispositivi per l'accesso venoso" – CIG 7354121C9F) occorrente alle AA.SS.LL., AA.OO e I.R.C.C.S della Regione Liguria e all'AUSL Valle d'Aosta per anni tre (con opzione di rinnovo per un ulteriore anno);

quanto al ricorso n. 4176 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 360/2019, resa tra le parti, con cui era accolto il ricorso introduttivo per l'annullamento:

dell'atto 15 febbraio 2018, n. 66 di Alisa, con i conseguenti adeguamenti al disciplinare di gara, agli allegati A2 e F2 della gara per l'affidamento della fornitura del Lotto n. 1

("Sistema sottovuoto per raccolta ematica e dispositivi per l'accesso venoso" - CIG

7354121C9F);

dell'atto 17 dicembre 2018, n. 447 di Alisa nella parte in cui ha approvato le operazioni di

gara relative al lotto uno della selezione citata;

dei verbali 6 marzo 2018, n. 4375, 26 luglio 2018, n. 14663, 5 settembre 2018, n. 17300, 28

settembre 2018, n. 18854, 15 ottobre 2018, n. 20095 e 7 novembre 2018, n. 21631;

del bando di gara e del capitolato tecnico nella parte in cui attribuiscono i punteggi

per i criteri qualitativi e di prezzo alle offerte;

e per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalle aziende sanitarie, nonché per la condanna

delle Amministrazione al risarcimento del danni in forma specifica, ovvero per equivalente monetario per l'annullamento;

e per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da VACUTEST KIMA S.r.L. il 19 giugno 2019 - per la riforma della medesima sentenza limitatamente alla parte in cui ha rigettato il secondo motivo e il terzo motivo subordinato nel ricorso n. 55/19 R.G.;

quanto al ricorso n. 4393 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00361/2019, resa tra le parti e non notificata, nella parte in cui ha respinto il ricorso promosso dalla Becton Dickinson s.p.a.(nel prosieguo BD) e dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti, confermando l'aggiudicazione in capo alla Società Greiner Bio Italia s.r.l. (di seguito GREINER) e con essa la graduatoria di gara in cui la BD si collocava terza, dopo la soc. Prolab, nella procedura aperta per l'affidamento della fornitura di sistemi di prelievo ematica sottovuoto, dispositivi di raccolta urine sottovuoto alle AA.SS.LL., AA.OO. e I.R.C.C.S. della Regione Liguria ed USL Calle d'Aosta per un periodo di tre anni – Lotti 2 con riferimento al Lotto 1;

quanto al ricorso n. 4412 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Liguria n. 00362/2019, resa tra le parti, per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 362/2019 del 19 aprile 2019, notificata in pari data con la quale era accolto il ricorso proposto dal PRO.LAB. S.r.l. per l'annullamento:

della comunicazione 18 dicembre 2018 n. 24481 di Alisa e dei verbali di gara ;

del disciplinare nella parte in cui individua la formula per l'aggiudicazione della selezione;

del capitolato tecnico nella parte in cui non prevede un numero minimo di colori per le provette oggetto del contratto;

della determinazione 24 gennaio 2018 n. 32 di Alisa di approvazione dei documenti gara;

del verbale 6 marzo 2018 n. 4375 di Alisa;

degli atti di ammissione alla gara degli altri concorrenti;

per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la conseguente assegnazione della forniture;

e per il risarcimento dei danni;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Vacutest Kima S.r.l., di Becton Dickinson Italia S.p.A, di Greiner Bio-One Italia S.r.l., di Pro.Lab. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2019 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Gerolamo Taccogna, Giovanni Corbyons, Elena Laverda, Fulvio Lorigiola, Domenico Greco, Giulia Milo e Andrea Stefanelli.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il complesso contenzioso riguarda gli atti della procedura aperta indetta da ALISA per l'affidamento dei sistemi di prelievo ematico sottovuoto, dispositivi di raccolta urine sottovuoto, occorrenti alle

AA.SS.LL., AA.OO e I.R.C.C.S. della Regione Liguria ed USL Valle d'Aosta per un periodo di tre anni per due lotti, con riferimento al lotto 1.

Gli atti della medesima procedura sono stati oggetto di tre differenti impugnazioni:

- da parte di Vacutest Kima s.r.l. (KIMA quarta classificata) ai fini dell'annullamento della gara, accolta con sentenza n. 360/2019 con cui è stata disposta la riedizione della gara, avverso la quale è stato proposto appello sia da ALISA sia da GREINER;
- da parte di PROLAB (seconda classificata) al fine di far escludere la prima classificata GREINER e ottenere l'aggiudicazione della gara, accolta con sentenza n. 362/2019, di annullamento dell'aggiudicazione, avverso la quale ha proposto appello la GREINER;
- BD (terza classificata) al fine di far escludere tutte le partecipanti alla gara ed ottenere l'aggiudicazione, rigettata con sentenza n. 361/2019, appellata dalla medesima ricorrente in primo grado.

Con la sentenza n. 360 il giudice di prime cure accoglieva il ricorso presentato da KIMA ritenendo ingiustificata la rettifica della base d'asta, considerata di notevole rilievo (pari ad un milione quattrocentomila in aggiunta), in presenza di un'indagine di mercato già effettuata; respingeva l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse a proporre ricorso da parte della quarta graduata e di tardività, stante la natura non escludente della prescrizione.

Respingeva le altre censure attinenti la formulazione della valutazione dell'elemento prezzo dell'offerta e alla valutazione della soluzione proposta dalla KIMA.

Avverso tale sentenza la stazione appaltante deduce i seguenti motivi di appello:

1 – la violazione dei principi e delle norme in tema di interesse, in quanto la KIMA si sarebbe collocata al quarto posto, in ogni caso la formulazione della sua offerta non sarebbe stata incisa dalla rettifica e non avrebbe provato l'incidenza della rettifica medesima in ordine all'esito della procedura;

2 – in subordine, travisamento dei fatti, violazione dei principi e delle norme in tema di motivazione deli atti amministrativi, eccesso di potere giurisdizionale per invasione del merito dell'azione amministrativa, in quanto la decisione di rettificare sarebbe stata congruamente motivata in relazione alle richiesta formulate da alcuni operatori economici e dal rapporto con altre procedure e proprio finalizzata alla maggiore partecipazione dal punto di vista qualitativo;

3 – violazione del d.lgs. n. 42 del 2009, in quanto il riferimento al c.d. federalismo fiscale sarebbe generico.

Avverso la medesima sentenza ha proposto appello la GREINER deducendo:

1 - l'*error in procedendo* ed *in iudicando*, la violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 120 c.p.a., la violazione dell'art. 100 c.p.c. e la mancata declaratoria di inammissibilità/irricevibilità del ricorso di primo grado; non vi sarebbe la prova che con l'originario importo a base di gara la KIMA si sarebbe aggiudicata la gara; infatti, con il ribasso del 23, 151% essa ha ottenuto i 30 punti assegnabili per l'offerta economica, mentre con una base d'asta più contenuta gli altri operatori avrebbe offerto prezzi più bassi; ancora, la KIMA avrebbe prestato acquiescenza partecipando alla gara; ed, inoltre, il giudice di

prime avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso trattandosi di scelte insindacabili di merito;

2 - l'*error in procedendo* ed *in iudicando*, la violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 32 e 35, d.lgs. n. 50 del 2016, la violazione dell'art. 97 Cost., l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, l'erroneità nei presupposti, il travisamento di atti, fatti e lo sviamento, la mancata declaratoria di infondatezza del ricorso di primo grado, in quanto la scelta dell'Amministrazione sarebbe stata motivata sulla base della varietà dei prodotti presenti sul mercato con diversi qualità e prezzi; la GREINER avrebbe dimostrato come i prezzi posti a base di gara fossero perfettamente in linea con quelli di altre Regioni - Lombardia e Piemonte – peraltro, riferiti al 2018 come la gara in questione - (mentre il confronto svolto dal Tribunale di prime cure presupporrebbe la validità del raffronto proposto da KIMA con i prezzi delle centrali di committenza di Regioni quali il Veneto, la Sardegna ed il Friuli Venezia Giulia, assumendo che siano Regioni virtuose a prescindere dall'inserimento nel *benchmark)*; ed ancora il posizionamento di PROLAB – *new entry* nel mercato - dimostrerebbe come la valutazione economica abbia consentito di effettuare una 'scalata' in classifica.

Nell'appello n. 4176/2019 si sono costituite:

A) la KIMA chiedendo il rigetto dell'appello per mancanza di un'istruttoria che giustifichi l'incremento della base d'asta del 30%; ed, in via incidentale, chiedendo la riforma della sentenza in relazione al capo 6, che ha rigettato il secondo motivo di ricorso in primo grado relativo all'automatica assegnazione di 10 punti in presenza di documentazione attestante l'assenza di interferenze con le metodiche di analisi, avendo il seggio di gara assegnato il punteggio '0' alla

KIMA, in considerazione del fatto che erano presenti solo documenti interni e non vi fosse evidenza di pubblicazioni scientifiche, in violazione delle prescrizioni del disciplinare di gara richiedenti unicamente la documentazione; con ciò si sarebbe violata la prescrizione letterale della legge di gara e si sarebbero favoriti gli operatori economici internazionali; in via subordinata, in relazione al capo 7 della sentenza, che ha respinto il terzo motivo di gravame - con cui era censurata la prescrizione della *lex specialis* di gara di attribuire alla qualità la ponderazione di 70 e al prezzo la ponderazione di 30 - premessa la natura dei dispositivi sanitari oggetto di gara che sarebbero standardizzati con riferimento alle numerose caratteristiche tecniche generali e specifiche di minima imposte per la loro commercializzazione; ALISA non potrebbe non ritenere una ponderazione almeno di 40 punti dell'elemento economico alla luce delle modifiche intervenute con il d.l. n. 32 del 2019;

B) la B.D. insistendo per la reiezione del ricorso di primo grado e la carenza di interesse;

C) la PROLAB insistendo anch'essa per la carenza di interesse al ricorso in capo alla KIMA, la fondatezza del secondo motivo di appello di ALISA e l'infondatezza dei motivi di appello incidentale;

D) la GREINER ribadendo le proprie difese.

Con ulteriore memoria la B.D. ha richiamato i motivi dedotti nel ricorso in appello avverso la sentenza n. 361 del 2019.

Hanno fatto seguito ulteriori memorie in replica e di conclusione.

Nella causa 4417/2019 si sono costituite:

a) la KIMA, deducendo in primo luogo l'improcedibilità dell'appello per difetto di interesse della GREINER, atteso che la sentenza n.

362/2019 ha accolto il ricorso della PROLAB, disponendo l'esclusione della appellante e l'inammissibilità dell'appello per aver riproposto le censure formulate in primo grado;

b) la B.D., peraltro, ribadendo la propria posizione tesa a contestare l'offerta tecnica delle concorrenti;

c) la PROLAB insistendo per la carenza di interesse dell'originaria ricorrente.

Anche in tale giudizio sono state prodotte ulteriori memorie per l'udienza di discussione.

Con il ricorso in appello n. 4412 del 2019, la GREINER chiede l'annullamento della sentenza n. 362/2019, con cui era accolto il ricorso di PROLAB per i seguenti motivi:

1 – in primo luogo per *error in procedendo* ed *in iudicando*, violazione degli artt. 2, 3, 29, 34, 35 e 70 d.lgs. n. 104/2010, eccesso di potere per difetto di istruttoria, e di motivazione, erroneità nei presupposti, travisamento di atti e fatti, illogicità e contraddittorietà, manifesta ingiustizia, sviamento di potere in quanto la sentenza avrebbe dovuto dichiarare improcedibile i ricorso a seguito dell'annullamento della procedura;

2 – *error in procedendo* ed *in iudicando*, violazione degli artt. 80, 83, 85, 86 d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., nonché dell'art. 97 Cost., violazione *della lex specialis* (art. 4 del disciplinare di gara e del capitolato tecnico punto sub Lotto 1 E – fornitura provette sottovuoto), eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, erroneità nei presupposti, travisamento di atti e fatti, illogicità e contraddittorietà, manifesta ingiustizia e sviamento di potere, per quanto concerne l'inidoneità tecnica delle provette destinate agli esami degli elementi in traccia, per le quali sono richieste le provette di sodo eparina: la

PROLAB contestava che le provette offerte sarebbero identificate con i codici 456028 e 456051, laddove quella che l'appellante avrebbe dovuto offrire è identificato con il codice prodotto 456080; tuttavia, la convinzione che la GREINER abbia offerto le provette non idonee deriverebbe per il giudice di primo grado asseritamente unicamente dalle informazioni reperibili sul sito della GREINER stessa, in cui vi sarebbe una distinzione tra le provette con eparina e le provette per elementi in tracce.

Erroneamente il primo giudice non avrebbe disposto una verificazione, ma ha demandato ad ALISA di chiarire gli aspetti contestati.

A dire della appellante la Commissione di gara non avrebbe escluso l'inidoneità del prodotto offerto, ma solo ha affermato che non ci sarebbero elementi univoci per sostenere che GREINER abbia offerto la provetta specificamente destinata all'esame degli elementi in tracce.

Tant'è che si è instaurato un ulteriore giudizio di idoneità delle provette conclusosi con nota del 23 febbraio 2019, con la quale è stata confermata l'idoneità delle provette offerte in gara. Tale nota non sarebbe stata impugnata dalla PROLAB.

Ancora contesta l'affermazione contenuta in sentenza con riguardo alla composizione fisio-chimica diversa da quella da utilizzare per gli esami d'interesse. A conferma di quanto asserito sarebbe la relazione del prof. Banfi circa l'identità per dimensioni e materiali costitutivi; sicché la differenza tra le due provette sarebbe unicamente di natura commerciale; ed, ancora, la sentenza sarebbe erronea poiché la fornitura di provette per l'esame di elementi i tracce sarebbe di

scarsissima rilevanza riguardando un quantitativo minimo di neanche 500 euro a fronte di 5,7 milioni di euro.

Si è costituita la PROLAB per resistere ribadendo la non idoneità di quanto offerto, nonché delle prove in laboratorio effettuate solo in relazione ad alcuni metalli.

Solo le provette con il codice 456080 sono state registrate presso il Ministero della salute ai fini dell'esame degli elementi in traccia.

A tale considerazione replica l'appellante evidenziando che il bando non richiedesse alcuna certificazione.

Le provette offerte avrebbe invece tutte le specifiche tecniche richieste dal bando di gara.

Con ulteriore replica PROLAB evidenzia come ALISA non abbia appellato la sentenza in contestazione; né sarebbe rilevante la registrazione in Austria prodotta dall'appellante.

ALISA non si è costituita.

Con il ricorso in appello n. 4393 del 2019 B.D. censura la sentenza n. 361/2019, con cui il Tribunale di prime cure respingeva il ricorso proposto dalla medesima e dichiarava inammissibili i motivi aggiunti confermando l'aggiudicazione in favore dei Greiner, per i seguenti motivi:

1 – erroneità della sentenza per violazione dell'art. 95 co.10 d.lgs. n. 50 del 2016 in combinato disposto con l'art. 4 del disciplinare e con l'allegato F2 nella parte in cui prevedono espressamente l'obbligo degli oneri aziendali di sicurezza, eccesso di potere, difetto di motivazione ed illogicità manifesta, avendo ritenuto l'inapplicabilità della norma alla fattispecie non trattandosi di appalto con attività di posa in opera; la mancata indicazione comporterebbe l'esclusione anche per la Prolab;

2 - erroneità della sentenza nelle parti relative alla carenza di requisiti essenziali nell'ambito delle offerte 1°, 2° e 4° graduata in ragione delle previsioni della *lex specialis*, eccesso di potere, difetto di motivazione ed illogicità manifesta:

- capo 4 della sentenza relativo al controllo visivo del corretto accesso in vena di cui all'offerta PROLAB;

- capo 5 relativo al meccanismo di sicurezza verificabile con segnale sonoro visivo di cui all'offerta PROLAB;

- capo 6 relativo alla caratteristica ago-parete sottile di cui all'offerta GREINER sub 1B e PROLAB Sub 1 A e 1 B;

- - capo 7 inerente la compatibilità adattatore luce con camicia- ago farfalla con adattatore luer pre-montato di cui all'offerta GREINER;

- capo 8 relativo alla differenziazione cromatica attraverso il colore del tappo;

- capo 9 concernente l'idoneità delle provette a dosaggio farmaci e ormoni mdi cui all'offerta PROLAB;

- capo 10 attinente al numero ore dei corsi di formazione di cui all'offerta GREINER;

- capo 12 in relazione alla presenza del certificato UNI EN ISO 13485 relativamente all'offerta GREINER;

- capo 14 con riferimento ai motivi aggiunti a seguito dell'incontro con ALISA in riguardo all'offerta di GREINER ed in capo alla KIMA;

3 – violazione dell'art. 68 d.lgs. n. 50 del 2016 in combinato disposto con la disciplina speciale di gara per carenza dei requisiti essenziali dell'offerta tecnica di GREINER e KIMA con riferimento alla provetta per elementi in tracce relativamente alla prima e al sistema

di prelievo costituito da dispositivi di aghi accessori e provette con possibilità di controllo visivo.

Si sono costituite la GREINER e PROLAB per resistere .

Si è costituita la KIMA, eccependo, in via preliminare, l'improcedibilità del gravame a seguito della sentenza nl 360/2019; l'inammissibilità dei motivi aggiunti avverso la quarta qualificata oltre che la tardività degli stessi; in ogni caso quanto all'offerta di KIMA gli elementi in contestazione riguarderebbero elementi valutativi dell'offerta e non posti a causa di esclusione.

Ancora, le provette KIMA risulterebbero certificate con tecnologia a doppia parete. Quanto alle provette ad aspirazione ridotta tale caratteristica non era richiesta nei moduli predisposti dalla stazione appaltante, che chiedeva unicamente la fornitura di dispositivi pediatrici; quanto alla documentazione prodotta per dimostrare la non interferenza dei gel contenuti nelle provette con analisi, la legge di gara non richiederebbe documentazione da parte di terzi.

Con ulteriore memoria GREINER eccepisce l'inammissibilità del ricorso in appello per carenza di interesse non essendo le censure idonee a scalfire la posizione della seconda classificata ed essendosi collocata l'appellante in terza posizione.

In particolare, non sarebbe invocabile l'art. 95 co. 10 nel caso di specie, trattandosi di appalto che prevede la fornitura di prodotti di terzi; quanto ai requisiti essenziali, rientrerebbero invece nella valutazione della commissione; in riferimento alla certificazione, di cui non era richiesta la produzione dalla legge di gara, comunque era prodotta in giudizio.

Si è costituita la PROLAB, precisando in sede di giustificazioni che si tratta di impresa concessionaria che non si fa carico dei costi di

produzione. Quanto ai requisiti tecnici non sarebbe stata lamentata la carenza di istruttoria della commissione, non si tratterebbe di requisiti richiesti a pena di esclusione ma di elementi posti al vaglio della Commissione. In particolare, quanto all'equivalenza delle provette e alla non interferenza delle provette Improve ed alla loro idoneità all'uso, la commissione avrebbe correttamente valutato la relazione.

Le parti hanno rinunziato in tuti i giudizi all'istanza cautelare in vista della definizione de merito.

In sede di discussione l'Avvocato Domenico Greco, con dichiarazione a verbale, ha chiesto per il ricorso 4176/2019 del merito lo stralcio delle pagine 14 e 15 della memoria di costituzione con appello incidentale di KIMA affermando trattasi di espressioni offensive. La GREINER si è associata alla richiesta.

Le cause sono state trattenute in decisione all'udienza del 25 luglio 2019.

DIRITTO

I – Osserva il collegio che i ricorsi di appello devono essere riuniti stante la connessione soggettiva ed oggettiva e l'identità per due degli stessi della sentenza appellata.

II – Non si ritiene che gli scritti difensivi della KIMA configurino espressioni offensive della dignità delle altre parti pur potendosi alcune espressioni contenute nelle indicate pagg. 14 e 15 della memoria KIMA ritenersi ineleganti e certo non gradevoli.

III – Devono essere esaminati in via prioritaria i ricorsi di appello 4176/2019 e 4417/2019 inerenti alle sentenze che hanno disposto l'annullamento della gara con riferimento all'illegittimità della rettifica della base d'asta.

IV - Alla luce della molteplicità delle censure di cui ai giudizi posti all'esame del Collegio, si farà applicazione dei principi di sinteticità ed economia processuale, dando prevalenza alle questioni dirimenti la controversia.

V – Possono essere superate le eccezioni di inammissibilità/tardività del ricorso di primo grado poiché gli appelli di palesano fondati con riguardo al secondo gruppo di censure, svolto in via principale dalla GREINER ed in via subordinata da ALISA. Altresì, può per lo stesso motivo essere superata la questione attinente all'interesse si KIMA di cui al primo gruppo di censure.

In vero, devono condividersi le censure attinenti al difetto di istruttoria e di motivazione con riferimento alla valutazione svolta dal giudice di primo grado di illegittimità della valutazione operata dalla Stazione appaltante circa la corrispondenza della base d'asta alla tipologia dell'oggetto di gara. In ciò, devono trovare condivisione le deduzioni svolte da entrambe le appellanti circa il travalicamento da parte del giudice amministrativo del limite al proprio sindacato di legittimità.

Infatti, a differenza di quanto sostenuto dall'originaria ricorrente, la determinazione dell'Amministrazione è motivata congruamente con riferimento alle istanze svolte da taluni operatori economici e alle nuove indagini di mercato effettuate.

L'esistenza di siffatte sollecitazioni in sede di chiarimenti post indizione della gara risultano confermate dalla stessa originaria ricorrente a seguito di accesso.

Del resto, risulta anche confermata la finalità di massima partecipazione con riferimento all'ambito di mercato e di scelta tra prodotti maggiormente diversificati nella qualità.

La documentazione depositata dalla P.A. e dalla GREINER, non solo confuta le asserzioni della parte originaria ricorrente in merito alla irragionevolezza della determinazione della base d'asta, ma, anzi, ha confermato la sussistenza di un'istruttoria, con riferimento ai prezzi praticati in altre regioni ed in relazione all'anno in questione.

Questo Consiglio con sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081 ha affermato la necessità di determinare la base d'asta facendo riferimento a criteri verificabili, evidenziando che : "…*la base d'asta stessa, seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza* (id., Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168).

Va rimarcato, infine, come, anche nella disciplina del nuovo codice degli appalti, le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (cfr. art. 97 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (cfr. art. 30, co. 1 d.lgs. 50/2016).

Secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente (cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5887) "*La determinazione del prezzo posto a base di gara non può, quindi, prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, ivi comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica, pena "intuibili carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, oltre che di sensibili alterazioni della concorrenza tra imprese*" (T.A.R. Sicilia, Palermo, 18.03.2011, n. 2360), profili tutti giudizialmente scrutinabili.

Ed in vero, "*in un giudizio avverso il bando di gara, … la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche (andamento del mercato nel settore di cui trattasi, tecnologie che le ditte devono adoperare nell'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto, numero di dipendenti che devono essere impiegati, rapporto qualità-prezzo per ogni servizio) sulla quale è possibile il sindacato del giudice amministrativo, con la precisazione che tale sindacato è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo il giudizio, che il Tribunale compie, giungere alla determinazione del prezzo congruo*" (T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 ottobre 2011, n. 992).

Invero, secondo le stesse Linee Guida espresse dall'ANAC con delibera n. 20 gennaio 2016, al punto 11, "*le stazioni appaltanti, nella determinazione dell'importo a base di gara per l'affidamento dei servizi, non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza e analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione e il loro valore. Le stesse devono procedere già in fase di programmazione alla stima del fabbisogno effettivo in termini di numero di ore di lavoro/interventi/prestazioni e alla predeterminazione del costo complessivo di ciascuna prestazione".*

Ancora, la rilevanza della correttezza della determinazione della base d'asta con attinenza alla situazione di mercato rileva ai fini dell'utilizzazione di tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica

dell'offerta (cfr. Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2739, 22 marzo 2016, n. 1186, 15 luglio 2013, n. 3802, 31 marzo 2012, n. 1899).

Peraltro, vale evidenziare che non costituisce motivo di appello il fatto che l'amministrazione non abbia riaperto i termini di presentazione delle offerte, anche perché rispetto a tale profilo l'originaria ricorrente non avrebbe alcun interesse atteso che rispetto all'offerta economica ha ottenuto il massimo del punteggio.

VI - Ancora non può essere condivisa l'eccezione di carenza di interesse in capo alla GREINER, stante da un lato l'irrilevanza delle stesse a fronte dell'accoglimento dell'appello svolto da ALISI, ma anche alla luce della proposizione dell'appello avverso la sentenza – come di seguito specificato – che ha capovolto l'esito della gara.

In disparte la valutazione dell'interesse a censurare la rettifica di KIMA, non possono trovare condivisione le censure dell'appello incidentale:

- non la prima in quanto l'assegnazione del punto in più non sarebbe in grado di alterare il risultato della competizione (rispetto a tale motivo dunque, la censura si palesa inammissibile);

- non la seconda perché la proporzione tra punteggi appare coerente con la normativa vigente al tempo della indizione della gara; né può condividersi l'interpretazione di parte appellata circa il carattere standardizzato del prodotto in gara, che risulta smentito proprio dalla necessità della più ampia diversificazione della partecipazione.

IV – Con riferimento al ricorso in appello 4412/2019, va preliminarmente evidenziato come perda di interesse il primo motivo alla luce della riforma della sentenza n. 360/2019, di cui si è detto.

La questione controversa attiene all'offerta di GREINER.

Deve, dunque, prima di tutto farsi riferimento alla relazione predisposta dalla Commissione giudicatrice in sede di istruttoria dinanzi al primo giudice:

"*Greiner ha compilato il mod. F2 (allegato 5) indicando a sua volta due distinte provette, con relativi codici:*

Tali codici 456028, 456051 corrispondono a provette le cui schede tecniche (che Greiner ha dichiarato contenere segreti commerciali e dunque sono state sottratte all'accesso), nelle quali non è riportata la specifica idoneità all'esame degli elementi in tracce.

Dal sito di Greiner – consultato appositamente per predisporre la presente relazione – risulta:

-che tali provette (codici 456028 e 456051) non siano specificamente indicate come provette per l'esame degli elementi in tracce (allegato 6);

-che un'ulteriore provetta, recante il codice 456080, abbia invece tale specifica destinazione; la documentazione corrispondente (rinvenibile sul medesimo sito – allegato 7) ne indica la specificità per gli elementi in tracce, esponendo anche le concentrazioni degli oligoelementi presenti, onde dimostrarne l'idoneità a questa particolare funzione.

Tale provetta (456080) non è tuttavia indicata nell'offerta di Greiner, che neppure ne ha fornito il campione.

Tramite il proprio modello F4 (allegato 8) Greiner ha:

- ulteriormente indicato i prodotti offerti, comprendendovi le provette corrispondenti ai codici 456028 e 456051 (entrambe con sodio-eparina, senza ulteriori precisazioni), ma non la 456080 (con sodio-eparina e specifica indicazione dell'idoneità agli esami per elementi in tracce) e

- dichiarato che nei prodotti offerti (verosimilmente da intendersi come quelli elencati immediatamente sopra) sono presenti tutti i requisiti tecnici minimi (pena esclusione) previsti nel capitolato tecnico; requisiti singolarmente indicati nel

seguito di tale dichiarazione e che non comprendono l'idoneità o meno delle provette per l'esame degli elementi in tracce.

Inoltre Greiner ha fornito l'ulteriore dichiarazione (sintetica) richiesta dalla disciplina di gara (allegato 9), secondo cui "i prodotti offerti di cui al lotto n. 1 posseggono le caratteristiche richieste nel capitolato tecnico di gara e … le stesse possono essere verificate dalla documentazione tecnica allegata".

e) Dal punto di vista dell'operatore sanitario di laboratorio, nel caso di richiesta di analisi per elementi in tracce, viene ritenuta necessaria la provetta specificamente destinata. Una provetta indicata dal produttore come "generica" con sodio-eparina non viene utilizzata, salvo che eventualmente sia accompagnata da documentazione tecnica dalla quale risulti l'idoneità specifica anche per tale tipologia di esame.

Nella specie non vi sono quindi elementi univoci per affermare che Greiner abbia offerto la provetta specificamente destinata all'esame degli elementi in tracce, salvo che la stessa Greiner possa dimostrare che è tecnicamente idonea a tal fine una delle due offerte, recanti rispettivamente i codici 456028, 456051 (come non si evince direttamente né dalla sua offerta, né dal suo sito internet)".

Tuttavia, la conclusione del primo giudice appare smentita non solo dalle risultanze della perizia di parte su cui si appuntano le controdeduzioni di PROLAB, ma soprattutto le precipue valutazioni tecniche raggiunte dall'Amministrazione e non autonomamente gravate. Dalla relazione di parte depositava in atti si evince l'identità delle due provette (cfr. relazione del Prof. Giuseppe Banfi - Professore Ordinario di Biochimica Clinica e Biologia Molecolare Clinica Presso Università Vita e Salute San Raffaele – MI, unitamente ai risultati dei test eseguiti da un laboratorio indipendente e relativi all'analisi degli elementi in traccia per le provette identificate con il codice 456051, offerto in gara).

Ma ancora, l'idoneità delle provette risulta confermata nel sub procedimento avviato dalla Stazione appaltante in quanto:

"*a) assolutamente identiche per dimensioni e materiali costituitivi e per additivo (sodio eparina) a quelle come codice prodotto 456080;*

b) non vi sono rischi di alterazione dei risultati delle analisi derivanti da eventuali

contaminazioni da oligominerali dal momento che:

- esse subiscono il medesimo processo produttivo delle provette c.d. specifiche;

- esse sono sottoposte ad analisi specifica a valle dello specifico ordinativo e al precipuo fine di verificare il livello di concentrazione da oligominerali;

- l'esito di dette analisi è consegnato all'ente richiedente in fase di singolo ordinativo.

c) a comprova è anche il costo di produzione che è del tutto identico".

Ciò posto, non risulta rilevante l'ulteriore argomento della consistenza del prodotto nell'ambito dell'offerta .

Ne discende la fondatezza del secondo motivo dell'appello di GREINER.

V – Infine, il ricorso in appello 4393 del 2019 risulta infondato.

In primo luogo risulta confermare l'inammissibilità sancita dalla sentenza di prime cure e ribadita da parte appellata, stante la posizione di terza classificata dell'appellante.

Quanto all'omessa indicazione da parte della GREINER degli oneri della sicurezza, devono condividersi le conclusioni raggiunte dal primo giudice con riguardo all'esclusione dall'onere della espressa indicazione di detti oneri in ragione del l'oggetto dell'appalto, che è la fornitura di prodotti (senza posa in opera).

VI - Con il secondo motivo di appello BD denuncia la erroneità e illogicità della sentenza nelle parti in cui ha escluso la carenza di

requisiti essenziali delle offerte tecniche della prima e seconda classificata rispetto alle prescrizioni del Capitolato tecnico di gara.

Le valutazioni effettuate dalla Commissione di gara risultano confermate nei documenti della procedura, senza che sia riscontrabile alcuna successiva integrazione.

Peraltro, la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica di tale organo, risolvendosi inammissibili le censure che tendono ad una sostituzione del giudizio da parte del giudice, ove non si palesi un'abnormità del predetto giudizio. Tale conclusione deve valere anche con riguardo alla valutazione dell'offerta formativa di GREINER.

In particolare, poi, non merita accoglimento la censura relativa alla carenza del certificato UNI En Iso 13485 di uno dei produttori (Sol Millenium), sia in qaunto la legge di gara non ne prevedeva l'allegazione, sia poiché esso risulta documentalmente posseduto: la sentenza ha affermato che *"il documento prodotto dalla contro interessata il 20 marzo 2019… attesta che Sol Millenium ottenne sin dal 12 settembre 2017 la certificazione per le siringhe standard e aghi"*.

Parte appellante censura la sentenza per non aver GREINER allegato nell'offerta tecnica il certificato UNI En Iso 13485 di uno dei produttori (Sol Millenium). In proposito, si ribadisce come la legge di gara non richiedesse l'allegazione del certificato avendone peraltro la GREINER confermato il possesso e la conformità.

Ne discende che l'appello deve essere respinto.

VI – In considerazione della complessità della fattispecie esaminata sussistono giusti motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello, come in epigrafe proposti, previa riunione degli stessi: in accoglimento dei ricorsi in appello 4176/2019 e 4417/2019 ed, in riforma della sentenza n. 360/2019, respinge il ricorso di primo grado proposto da KIMA n. 55/2019 e respinge l'appello incidentale proposto da KIMA; sul ricorso in appello n. 4412 del 2019, lo accoglie ed, in riforma della sentenza n. 362/2019, respinge il ricorso di prime cure n. 71/2019; respinge l'appello n. 4393/2019 e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 361/2019.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO