

Principio di equivalenza funzionale nelle forniture medico-sanitarie

di Gabriele La Malfa

Data di pubblicazione: 13-10-2019

1. Il principio di equivalenza funzionale previsto dall'art. 68 del d.lgs. 50/2016 trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e "l'effetto di "escludere" un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti.

2. Se i parametri indicati dal disciplinare sono modellati sulle caratteristiche strutturali e modalità operative di un determinato tipo di prodotto, e non esplicitano, né consentono di individuare univocamente, prestazioni o requisiti funzionali, la commissione di gara non può desumere (per lo più, implicitamente) un'equivalenza funzionale e incorrere in apprezzamenti che non trovino una esplicita e comunque univoca giustificazione nella *lex specialis*.

3. I criteri/parametri di valutazione devono essere articolati in modo tale da assicurare la previsione di requisiti di funzionalità, cui rapportare, oltre alle caratteristiche tecniche indicate dal disciplinare, quelle, eventualmente diverse, proposte dalle offerte tecniche e valutabili come equivalenti.

In senso parzialmente conforme Cons. Stato, III, n. 6721/2018; n. 6561/2018;n. 2013/2018; n. 747/2018; n. 5259/2017; n. 4541/2013; n. 4364/2013.

Guida alla lettura

Torna al Consiglio di Stato l'esame della questione dell'equivalenza funzionale tra offerte, in rapporto a previsioni del disciplinare di gara che presentino profili di indeterminatezza o non assicurino adeguatamente la concorrenza fra i partecipanti.

In primo grado, il T.A.R. Umbria ha ricordato i limiti del sindacato giurisdizionale consentito sulle valutazioni tecnico discrezionali e ne ha tratto la conclusione che l'applicazione del principio di equivalenza fosse nel caso di specie preclusa dal mancato richiamo nella *lex specialis* e dalla mancata evidenziazione dell'equivalenza da parte dell'offerente che assumeva di essere stata lesa.

In particolare, la previsione del disciplinare, circa uno strumento dotato di calibrazione automatica tramite chip code, escludeva una positiva valutazione da parte della Commissione

di soluzioni tecnologiche alternative; ed essendo uno dei due concorrenti l'unico produttore a fornire sul mercato strumenti che impiegano il sistema con chip code, detto criterio è stato ritenuto illegittimo.

Sarebbero state in concreto impossibili modalità di lettura alternative e similari, in violazione dell'art. 68 del d.lgs. 50/2016. Tale disposizione, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, richiede che la scelta del miglior contraente non comporti ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche.

Ne è seguito l'annullamento degli atti di gara.

Gravata la sentenza da appello principale e incidentale, la Terza Sezione ha ricordato gli approdi consolidati sul principio di equivalenza funzionale:

- nell'ambito del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione è possibile ammettere a valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste;
- il principio si applica a prescindere da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e "l'effetto di "escludere" un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti;
- l'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto e la prova dell'equivalenza può essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato.

Ciò premesso, ad avviso del Collegio occorrono comunque solide premesse nella *lex specialis* perché la commissione di gara possa applicare il principio di equivalenza e la commissione stessa non può, nell'intento di ampliare il confronto concorrenziale e perseguire l'interesse pubblico, sostituire le proprie valutazioni a quelle spettanti alla stazione appaltante, ove non adeguatamente esplicitate nella *lex specialis*. Nel caso di specie il disciplinare non conteneva, per buona parte dei sottoparametri oggetto di contestazione, sufficienti indicazioni in termini di prestazioni o requisiti funzionali.

Sotto altro aspetto, il Consiglio ha ritenuto fondate le censure volte a far valere l'illegittimità dei parametri, nella loro formulazione testuale e se interpretati nel senso risultante dalla loro univoca formulazione testuale di richiedere il possesso delle caratteristiche o modalità operative, mancanti nel prodotto da essa offerto. I criteri, alla luce di un esame e della condivisione delle prospettazioni dei fatti tecnici di una delle appellanti, sono stati in questo senso ritenuti anticoncorrenziali e illogici.

Ha esaminato poi il Consiglio un ulteriore ordine di censure, proposto da altra appellante, volto a far valere una diversa lettura dei parametri, senza applicare il principio di equivalenza funzionale e in modo da ottenere una modifica dei punteggi utile a scavalcare la concorrente in

graduatoria. Sul punto, va ricordato che per consolidata giurisprudenza la discrezionalità tecnica della stazione appaltante è insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su errori di fatto ovvero insufficientemente motivate.

Nella fattispecie, la natura tecnica delle valutazioni e della discrezionalità in esame non ha impedito al Collegio di prendere in esame le singole contestazioni e di ponderarle da un punto di vista logico e fattuale per deciderle.

Infine, nell'esaminare un ulteriore ordine di censure di ordine demolitorio dell'intera procedura, il Collegio ha precisato, quanto alla più volte richiamata illegittimità dei criteri/parametri di valutazione, che contrariamente alla decisione di primo grado, non è la mancanza di articolazione ad inficiare, sotto il profilo della indeterminatezza, detti criteri/parametri, quanto piuttosto la mancata previsione di requisiti di funzionalità, cui rapportare, oltre alle caratteristiche tecniche indicate dal disciplinare, quelle, eventualmente diverse, proposte dalle offerte tecniche e valutabili come equivalenti.

Conclusivamente è stato confermato, seppur con motivazione parzialmente diversa, l'esito di annullamento dell'intera procedura di gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1871 del 2019, proposto da Roche Diagnostics s.p.a. - Società Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

contro

Azienda Unita' Sanitaria Locale Umbria 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Rossi, Sandro Amorosino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Sandro Amorosino in

Roma, via Ciro Menotti, 24 – anche appellante incidentale;

nei confronti

Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difsa dagli avvocati Stefano Bonatti e Lorella Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia – anche appellante incidentale;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 00024/2019, resa tra le parti, concernente la procedura aperta per la fornitura di reagenti e sistemi analitici per determinazioni del PT/INR capillare in uso nell'attività di monitoraggio della terapia anticoagulante orale (TAO) con strumentazioni POCT - CIG 6984349320;

Visti il ricorso in appello principale e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Unita' Sanitaria Locale Umbria 1;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da Siemens Healthcare S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2019 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Sandro Amorosino e Stefano Bonatti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalla una procedura aperta, indetta dalla AUSL Umbria 1 con provvedimento n. 205 in data 15 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, per la fornitura quinquennale di "reagenti e sistemi analitici per determinazioni del PT/INR capillare in uso nell'attività di monitoraggio della terapia anticoagulante orale (TAO) con strumentazioni POCT", per un importo a base di gara pari a 1.050.000,00 euro.

2. L'art. 9 del disciplinare ha previsto, per l'attribuzione dei 60 punti destinati all'offerta tecnica, cinque parametri di valutazione: 1 "Strumentazioni"; 2 "Strisce reattive"; 3 "Hardware e software di gestione del collegamento al LIS e gestione da remoto delle apparecchiature" (ed inoltre, 4 "Software di gestione dell'algoritmo terapeutico" e 5 "Formazione ed assistenza tecnica", in ordine ai quali non vi è contestazione).

I parametri sono articolati in diciassette sottoparametri, in relazione a ciascuno dei quali la

Commissione giudicatrice è stata chiamata ad esprimere le “motivazioni principali”, un “giudizio” e ad attribuire il conseguente “coefficiente” (ottimo = 1; buono = 0,85; discreto = 0,70; adeguato = 0,55; parzialmente adeguato = 0,25; insufficiente = 0), da moltiplicare poi per il punteggio previsto.

3. Alla procedura hanno partecipato due concorrenti. Con provvedimento n. 834 in data 20 giugno 2018, l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla Siemens Healthcare s.r.l., prima classificata con $(59,25 + 40 =) 99,25$ punti, davanti a Roche Diagnostics s.p.a., che ha ottenuto $(53,70 + 39,46 =) 93,16$ punti.

4. Roche ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR Umbria, censurando anzitutto la logicità dell'operato della Commissione giudicatrice in relazione ai giudizi/punteggi attribuiti per alcuni dei sottoparametri previsti dal disciplinare e sostenendo che una corretta valutazione avrebbe determinato l'aggiudicazione in suo favore.

In particolare, ha lamentato l'errata attribuzione di punteggio e comunque l'attribuzione di un punteggio eccessivo a Siemens, in relazione ai sottoparametri: 1c (“Presenza di dispositivo wireless integrato nello strumento”); 1e (“Calibrazione automatica tramite chip code”); 1g (“Possibilità di blocco dell'analizzatore qualora non vengano eseguiti i controlli di qualità”); 1f (“Strumento con batteria ricaricabile, con basetta per il trasferimento dei dati (on-site o wireless) e ricarica batteria”); 3a (“Accesso web al software gestionale per il controllo dello strumento”); 3b (“Trasferimento risultati PT/INR via SMS, MMS, mail a stampa referto cartacea”).

Ed ha lamentato la sottovalutazione, anche in un'ottica comparativa delle offerte, del punteggio ad essa spettante, per i sottoparametri: 1a (“Livello di tecnologia impiegata nel sistema di identificazione tramite Barcode Scanner: CF paziente, ID operatore, strisce reattive e materiali di controllo”); 1e, cit.; 1h (“Basso tempo di misura (max 5 minuti), con punteggio inversamente proporzionale al tempo di misura”); 2a (“Controllo di qualità integrato nella striscia”); 2c (“Affidabilità e precisione. Correlazione del dato INR capillare con la strumentazione da laboratorio”); 3b, cit..

5. In via subordinata, nella prospettiva della riedizione della gara, Roche ha censurato l'art. 9 del disciplinare, in quanto generico ed indeterminato nella parte relativa ai criteri di valutazione, con conseguente eccessiva discrezionalità di giudizio attribuita alla Commissione.

6. Siemens ha proposto ricorso incidentale, sostenendo che, in relazione ai citati sottoparametri di valutazione 1c, 1e, 1g, 1f e 3a, ove dovesse essere ritenuta fondata la tesi prospettata da Roche (sulla impossibilità di applicare il sottoparametro al di là della sua formulazione testuale, e sulla conseguente non spettanza di punteggio a Siemens, in quanto il prodotto da essa offerto non possiede le caratteristiche indicate), la *lex specialis* contrasterebbe con gli artt. 4, 59, 60 e 68 del d.lgs. 50/2016, nonché con i principi di proporzionalità, concorrenzialità e non discriminazione fra gli operatori, in quanto sarebbero esclusi dispositivi con caratteristiche diverse da quelle espressamente contemplate, ma tuttavia in grado di fornire una funzionalità equivalente se non migliore.

7. Il TAR Umbria, con la sentenza appellata (n. 24/2019), ha parzialmente accolto il ricorso principale e quello incidentale, annullando il disciplinare, i verbali e l'aggiudicazione della gara (mentre ha respinto la domanda risarcitoria, stante la conseguente necessità di riedizione della gara e la non esecuzione della fornitura).

8. Il TAR ha sottolineato il perimetro del sindacato giurisdizionale consentito sulle valutazioni tecnico discrezionali ed ha affermato che l'applicazione del principio di equivalenza era in concreto preclusa dal mancato richiamo nella *lex specialis* e dalla mancata evidenziazione dell'equivalenza da parte di Siemens.

In questa prospettiva, il TAR ha anzitutto esaminato e ritenuto fondate le doglianze di Roche in relazione ai sottoparametri 1c ("Presenza di dispositivo wireless integrato nello strumento"), ed 1e, ("Calibrazione automatica tramite chip code"), affermando che, a fronte della chiara e stringente formulazione di detti sottoparametri, non è possibile invocare l'equivalenza delle funzionalità del dispositivo di Siemens rispetto a quelle indicate nella legge di gara.

Cosicché, non essendo dubbia la mancanza, nel dispositivo offerto da Siemens, rispettivamente, del wireless integrato e del chip code, la Commissione non poteva valorizzare soluzioni tecniche non rispettose dei requisiti minimi e dei caratteri essenziali richiesti dalla *lex specialis*.

Il TAR ha quindi osservato che la rimodulazione dei punteggi relativi ai due sottoparametri, comportando la sottrazione di 7,25 punti all'aggiudicataria, sarebbe da sola sufficiente a modificare l'esito della gara.

9. Ha pertanto esaminato le censure del ricorso incidentale di Siemens relative al medesimo sottoparametro 1e, e le ha ritenute fondate.

A tal fine, ha osservato che la necessità, secondo l'interpretazione accolta, che lo strumento sia dotato di calibrazione automatica tramite chip code esclude una positiva valutazione da parte della Commissione di soluzioni tecnologiche alternative. Ma allora, essendo Roche l'unico produttore a fornire sul mercato strumenti che impiegano il sistema con chip code, detto criterio è illegittimo, in quanto non consente di valorizzare modalità di lettura alternative e similari, introducendo limiti in contrasto con l'art. 68 del d.lgs. 50/2016, che, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, richiede che la scelta del miglior contraente non comporti ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche.

10. Il TAR ha quindi senz'altro raggiunto la conclusione che "Dalla rilevata illegittimità discende la necessità di annullamento del disciplinare di gara, con conseguente effetto caducante di tutti gli atti della procedura, non potendo questo Tribunale intervenire a riscriverne surrettiziamente alcune parti (cfr. C.d.S., sez. V, 23 novembre 2018, n. 6639)".

11. La sentenza è stata appellata da Roche.

Riguardo al profilo di accoglimento del ricorso incidentale di Siemens, ha dedotto nove "motivi" di censura, così sintetizzati:

(1) ? la circostanza che Roche fosse l'unico produttore in grado di fornire la tecnologia "chip code" non è stato oggetto di specifiche censure da parte di Siemens;

(2-3) ? comunque, Roche non è l'unico produttore a fornire sul mercato strumenti che impiegano la tecnologia chip code (anche il misuratore PT/INR POC "Mission" della ditta Acon acquisisce la curva di calibrazione in modo automatico tramite chip code);

(4) ? in ogni caso, contrariamente a quanto affermato in sentenza, tale circostanza non è stata dimostrata da Siemens e non è stata confermata da Roche (che, anzi, ha contestato l'eccezione di controparte);

(5) ? la tecnologia "chip code" è oggetto di un mero criterio di valutazione dell'offerta e non di una "specifica tecnica" prevista a pena di esclusione e di conseguenza non può trovare applicazione la clausola di equivalenza di cui all'art. 68, d.lgs. 50/2016;

(6) - inoltre, il punteggio relativo al criterio di valutazione dell'offerta in esame non risulta determinante ai fini dell'assegnazione della fornitura, potendo Siemens risultare aggiudicataria anche in ipotesi di assegnazione di 0 punti in relazione al criterio in esame (con diminuzione quindi del punteggio dell'offerta tecnica di 3 punti, da 59,25 a 56,25), e non trovando dunque giustificazione il travolgimento dell'intera procedura di gara;

(7) ? la stessa Siemens non aveva chiesto di annullare l'intera procedura, ma si era limitata a chiedere di "emendare" *in parte qua* il parametro di valutazione impugnato, avendo quindi il giudice di primo grado palesemente travalicato i limiti della domanda avversaria;

(8) ? in ogni caso, la soluzione tecnica offerta da Siemens ("bar code") al fine di soddisfare il criterio di valutazione in esame non è equivalente a quella ("chip code") individuata nella *lex specialis* mediante incomprimibile valutazione di discrezionalità tecnica;

(9) ? Siemens non ha dimostrato in sede di gara la supposta (ma inesistente) equivalenza tecnica, né la Commissione si è espressamente pronunciata in relazione a tale profilo, emerso soltanto nel corso del giudizio di primo grado.

12. Ha poi riproposto le censure, concernenti le erronee attribuzione di punteggi che l'avrebbero penalizzata, rimaste assorbite nella sentenza di primo grado.

13. Infine, in via subordinata, l'appellante principale ha riproposto anche le censure avverso l'art. 9 del disciplinare di gara, in quanto generico ed indeterminato nella parte relativa ai criteri di aggiudicazione (sottoparametri), con conseguente eccessiva discrezionalità di giudizio attribuita alla Commissione; da ciò discenderebbe la complessiva illegittimità della *lex specialis* e dei verbali di gara, di cui Roche chiede l'annullamento con conseguente integrale riedizione della procedura.

14. La AUSL Umbria 1 ha controdedotto all'appello di Roche ed ha proposto appello incidentale.

Contesta la portata applicativa del principio di equivalenza delineata dal TAR, sostenendo la correttezza della valutazioni effettuate dalla Commissione di gara.

Prospetta a tal fine che: il principio di equivalenza trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica; l'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*. Ciò, secondo la stazione appaltante, sarebbe accaduto nel caso in esame.

15. Anche Siemens, oltre a controdedurre all'appello di Roche, ha proposto appello incidentale.

Anzitutto, contesta l'accoglimento delle censure di Roche relative all'attribuzione di punteggi alla propria offerta per i sottoparametri 1c ed 1e.

A tal fine, anche Siemens argomenta per l'applicabilità del principio di equivalenza, a prescindere da un espresso richiamo e da un'apposita dichiarazione ed in forma implicita, e sottolinea inoltre che ciò risultava anche dalla struttura dei criteri di valutazione, in quanto comprensivi di giudizi di "insufficiente" o "parzialmente adeguato" rispetto al requisito indicato. Sostiene che affermare che la stazione appaltante non possa, autonomamente, considerare i risultati che avrebbe l'impiego di una soluzione uguale (o anche migliore) nella funzionalità, ma diversa nella sua implementazione tecnica, significa negare il potere di apprezzare in concreto l'interesse pubblico perseguito.

Secondo Siemens, la *lex specialis* non ha indicato le caratteristiche, né le specifiche tecniche ma, con clausola aperta (e senza qualificare né le modalità di funzionamento, né i parametri di operatività), ha rimesso la descrizione delle caratteristiche dei dispositivi alle imprese partecipanti, lasciando quindi ampio margine alle ditte offerenti nella formulazione della propria offerta e nella scelta, tra le soluzioni possibili presenti sul mercato, di quella ritenuta maggiormente corrispondente alle caratteristiche richieste dal bando ed alle condizioni ritenute individualmente più vantaggiose nell'ambito di un confronto concorrenziale.

16. Lamenta inoltre che, avendo il TAR annullato la legge di gara (*in parte qua*) in quanto non prevedeva la possibilità per la Commissione di valutare prodotti aventi caratteristiche equivalenti, ponendo, in contrasto con l'art. 86, cit., ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche, poiché tuttavia la Commissione aveva – in via di fatto – valutato anche le caratteristiche equivalenti, non vi era alcuna ragione per non disporre la sopravvivenza della aggiudicazione.

17. Infine - con riferimento a vizi, tra l'altro, di violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 59, 60 e 68 del d.lgs. 50/2016, dei principi di proporzionalità, concorrenzialità e non discriminazione fra gli operatori economici, dei principi di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza ed efficienza dell'azione amministrativa - Siemens ha riproposto le censure

(solo parzialmente accolte dal TAR, riguardo al parametro 1e ed allo specifico profilo di anticoncorrenzialità della richiesta di un dispositivo con chip code) avverso le previsioni del disciplinare relative ai sottoparametri 1c, 1e, 1g, 1f e 3a.

18. Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica, approfondendo le rispettive tesi e confutando quelle avversarie.

19. Il Collegio osserva anzitutto che il TAR, nella sentenza appellata, è partito da una premessa condivisibile, affermando che nelle gare d'appalto vige il principio interpretativo che vuole privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della *lex specialis*, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza. Occorre infatti evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale, posto che l'interpretazione della *lex specialis* soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale (cfr. tra le altre, Cons. Stato, n. 7/2013; III, n. 3715/2018; V, n. 4684/2015).

20. Ne discende che le valutazioni qualitative della Commissione di gara, a salvaguardia della *par condicio* dei concorrenti, debbano svolgersi nell'ambito del perimetro delineato dalla *lex specialis*, quanto in particolare alle caratteristiche dei prodotti offerti, non potendo una valutazione positiva degli aspetti tecnici dell'offerta, operata dalla Commissione, sovrapporsi alla definizione contenuta nella disciplina di gara. L'esplicazione del principio di concorrenza non è incondizionata ma temperata da quello, altrettanto cogente, di tutela della *par condicio*, ed il punto di incontro tra le relative esigenze è dato dalla disciplina di gara, che fissa – in termini, a seconda dei casi, più o meno rigidi – i limiti entro i quali deve svolgersi il confronto concorrenziale (cfr. Cons. Stato, III, n. 747/2018).

21. Occorre tuttavia considerare che, a dare elasticità al parametro valutativo, così tutelando la massima partecipazione al confronto concorrenziale, interviene il principio di c.d. equivalenza funzionale.

Secondo l'art. 68 del d.lgs. 50/2016, che attua nell'ordinamento nazionale l'art. 42 della direttiva 2014/24/UE, le "specifiche tecniche" (qui da intendersi in senso lato, alla stregua di parametri di definizione dell'offerta tecnica) sono indicate nella *lex specialis* secondo diverse modalità (comma 3): "in termini di prestazioni o di requisiti funzionali ... a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e agli enti aggiudicatori di aggiudicare l'appalto" (lettera a); ovvero "mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se non esiste nulla in tal senso, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di uso delle forniture; ciascun riferimento contiene la menzione "o equivalente"" (lettera b); oppure, sostanzialmente, abbinando specifiche tecniche dell'uno e dell'altro dei tipi predetti (lettere c) e d).

Secondo il comma 5, un'offerta non può essere respinta perché non conforme alle prescrizioni di cui al comma 3, lettera b), previste dalla *lex specialis*, qualora l'offerente provi che "le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche".

Secondo il comma 6, un'offerta non può essere respinta qualora risulti conforme ad una "norma nazionale che recepisce una norma europea, a una omologazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o a un riferimento tecnico elaborato da un organismo europeo di normalizzazione" (in sostanza, alle specifiche tecniche di cui al comma 3, lettera b)), se tali specifiche "contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali ... prescritti" dalla *lex specialis*.

Inoltre, in ogni caso, secondo il comma 4, "Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non menzionano una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né fanno riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il paragrafo 3. Una siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione "o equivalente"".

22. Quanto appena ricordato evidenzia l'importanza che la formulazione della *lex specialis*, sotto il profilo della univocità e completezza dei parametri valutativi, assume ai fini della legittimità della procedura di valutazione e della "elasticità" consentita alla Commissione di gara nell'apprezzamento delle offerte tecniche.

23. La sentenza appellata ha preso posizione in ordine alla portata applicativa del principio di equivalenza funzionale, riconoscendone la centralità nel sistema, ma affermandone l'inapplicabilità alla gara in questione (in relazione all'offerta Siemens, il cui prodotto differisce sotto diversi aspetti dalle caratteristiche indicate nei sottoparametri di valutazione) in mancanza di una previsione nella *lex specialis*, ovvero di una esplicita dichiarazione o evidenziazione da parte del concorrente.

Tale punto è contestato dagli appellanti incidentali, i quali prospettano le loro tesi sul presupposto che detti parametri contemplino, anche se talvolta attraverso il riferimento a determinate specifiche caratteristiche o modalità operative del prodotto da fornire, l'indicazione delle prestazioni o dei requisiti funzionali richiesti (riconducibili all'art. 86, comma 3, lettera a), cit).

L'appellante principale sostiene invece che i parametri si collocano al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 86, cit., in quanto limitato ai requisiti di partecipazione o di ammissibilità dell'offerta.

24. Il Collegio osserva che secondo la giurisprudenza prevalente di questa Sezione, l'ambito di applicazione del principio di equivalenza è piuttosto ampio, essendo stato affermato che:

- il principio di equivalenza “permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’Amministrazione” (cfr. Cons. Stato, III, n. 4364/2013; n. 4541/2013; n. 5259/2017; n. 6561/2018);

- trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e “l’effetto di “escludere” un’offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l’equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all’offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità” (cfr. Cons. Stato, III, n. 6721/2018);

- l’art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un’apposita formale dichiarazione circa l’equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, III, n. 2013/2018; n. 747/2018).

In questo senso, risultano condivisibili, in linea di principio, le argomentazioni delle appellanti incidentali.

25. Tuttavia, il Collegio osserva anche che i sottoparametri indicati nell’art. 9 del disciplinare della gara oggetto di controversia non utilizzano (e, comunque, non esplicitano) riferimenti a nome tecniche nazionali o sovranazionali (art. 86, comma 3, lettera b), cit.).

La maggior parte dei sottoparametri in contestazione non può essere nemmeno ricondotta alla previsione dell’art. 86, comma 3, lettera a); essi risultano infatti modellati sulle caratteristiche strutturali e modalità operative di un determinato tipo di prodotto, e non esplicitano, né consentono di individuare univocamente, prestazioni o requisiti funzionali, vale a dire le funzionalità attese dal prodotto oggetto di fornitura, a prescindere dalle caratteristiche e modalità alternativamente idonee a permetterne il conseguimento.

Tale circostanza (unita all’omesso riferimento a specifiche tecniche oggetto di norme tecniche europee, di cui alla lettera b), cit., di per sé idonee a correlare caratteristiche del prodotto e prestazioni funzionali) fa sì che venga meno il riferimento necessario per effettuare in concreto una valutazione di equivalenza funzionale.

26. La Commissione di gara ha ritenuto ciononostante di valutare i prodotti offerti, anche se difformi dalle caratteristiche e modalità contemplate nei parametri, desumendone (per lo più, implicitamente) un’equivalenza funzionale.

Ma in tal modo è incorsa in apprezzamenti che non trovano una esplicita e comunque univoca

giustificazione nella *lex specialis*, vale a dire ha – pur nell'intento di ampliare il confronto concorrenziale e perseguire l'interesse pubblico - sostituito le proprie valutazioni a quelle spettanti alla stazione appaltante, ma non adeguatamente esplicitate nella *lex specialis*, che non contiene (si ripete, per buona parte dei sottoparametri oggetto di contestazione, come più avanti precisato) sufficienti indicazioni in termini di prestazioni o requisiti funzionali.

27. Pertanto, risulterebbe corretta la valutazione da parte del TAR delle censure proposte da Roche riguardo all'attribuzione dei punteggi a Siemens per i due sottoparametri 1c ed 1e.

Nella stessa prospettiva, salvo quanto appresso argomentato, risulterebbero fondate anche le censure riproposte da Roche in appello, concernenti l'attribuzione di punteggi a Siemens per i sottoparametri 1f, 1g e 3a, posto che anche per essi, come per i due scrutinati in primo grado, il prodotto offerto da Siemens non possiede alcune delle caratteristiche o modalità operative rispettivamente declinate.

Per quanto esposto, non possono invece accogliersi le censure dedotte, a difesa delle valutazioni della Commissione, con gli appelli incidentali dalla AUSL Umbria 1 e da Siemens (pur essendo condivisibili in linea teorica riguardo all'ampiezza applicativa del principio di equivalenza).

28. Con riserva di riprendere più avanti la considerazione degli effetti giuridici di dette lacune del disciplinare, occorre ora tener conto delle censure dell'appello incidentale di Siemens, volte a far valere l'illegittimità dei parametri 1c, 1e, 1f, 1g e 3a, nella loro formulazione testuale e se interpretati nel senso (risultante dalla loro univoca formulazione testuale, e qui accolto) di richiedere il possesso delle caratteristiche o modalità operative, mancanti nel prodotto da essa offerto.

29. Dette ultime censure sono fondate.

Sembra sufficiente sottolineare che, riguardo a detta formulazione, Siemens ha, in sintesi, prospettato che:

- riguardo a 1c ("Presenza di dispositivo wireless integrato nello strumento"), per l'utilizzatore ciò che conta è che il collegamento wireless ci sia e consenta la connessione; che poi tale collegamento avvenga con un chip interno allo strumento o con un chip esterno allo stesso, collegato via cavo, non può rilevare al punto di azzerare il punteggio;

- riguardo a 1e ("Calibrazione automatica tramite chip code"), appare illegittimo che solo la calibrazione automatica tramite chip code possa dare diritto al punteggio, per il fatto che la calibrazione automatica tramite lettore di codice numerico può, alternativamente, avvenire mediante lettura di un "chip code" o mediante lettura di un "bar code"; si tratta di due modalità di lettura del tutto similari, ed assolutamente equivalenti tra loro, in quanto consentono allo strumento di essere informato in maniera automatica (e virtualmente esente da errori) dei dati necessari alla calibrazione;

- riguardo a 1g ("Possibilità di blocco dell'analizzatore qualora non vengano eseguiti i controlli

di qualità”), sarebbe illegittima la distinzione tra la possibilità di bloccare il funzionamento dell’analizzatore in caso di mancanza di controlli di qualità mediante un blocco della parte hardware (da premiare) e mediante un blocco della parte software (da non premiare); ciò che conta, nella sostanza, è che l’operatore venga avvisato della sussistenza di una situazione di anomalia mediante il blocco dei risultati, mentre è del tutto irrilevante quale sia la componente del sistema (hardware o software) che consente di ottenere tale risultato;

- riguardo a 1f (“Strumento con batteria ricaricabile, con basetta per il trasferimento dei dati (on-site o wireless) e ricarica batteria”), appare del tutto illogico premiare solo la soluzione con basetta rispetto alla altrettanto funzionale soluzione di impiegare batterie ricaricabili e trasferire i dati via Ethernet attraverso il dispositivo di trasmissione collegato alla rete ospedaliera del cliente tramite cavo USB, senza ricorrere ad una basetta; l’operazione di connettere un dispositivo al cavo USB non è affatto dissimile dall’operazione di connetterlo alla basetta, sicché pare totalmente irragionevole impedire che ai due sistemi venga assegnato lo stesso punteggio;

- riguardo a 3a (“Accesso web al software gestionale per il controllo dello strumento”), se il criterio dovesse essere interpretato nel senso di dare peso alle sole caratteristiche software, prescindendo da quelle hardware, sarebbe da considerarsi illegittimo per evidente illogicità; dovendosi valutare le modalità dell’accesso via web al software gestionale, davvero non si spiegherebbe perché non si dovrebbe tener conto anche della qualità della strumentazione (hardware) deputata a consentire tale accesso, quando è notorio quanto le prestazioni di un ausilio informatico siano strettamente dipendenti non solo dalle caratteristiche software, ma anche da quelle hardware.

30. Fermo restando che l’individuazione delle funzionalità sottese ai singoli sottoparametri (per quanto esposto) sono frutto della prospettazione di parte, e dunque opinabili, quelli denunciati appaiono profili di evidente illogicità, rispetto ai quali le difese di Roche non riescono a dimostrare l’esistenza di una utilità apprezzabile e consistente, necessariamente legata alla presenza delle caratteristiche o modalità operative contestate, e tale quindi da giustificare la richiesta, alla luce del criterio limite (divieto) stabilito dall’art. 86, comma 4, del d.lgs. 50/2016.

31. L’accoglimento delle predette censure esime il Collegio dal valutare la fondatezza o meno del profilo specifico di accoglimento del ricorso incidentale disposto dal TAR e relativo alla natura oggettivamente anticoncorrenziale del sottoparametro 1e, per essere quella di Roche “monoproduzione” del misuratore che acquisisce la curva di calibrazione in modo automatico tramite chip code.

Tale aspetto è infatti oggetto di contestazione tra le parti, quanto all’avvenuta dimostrazione/confutazione, o meno, nel giudizio di primo grado, ed anche sotto il profilo dell’ammissibilità/tempestività della produzione da parte di Roche della documentazione di Acon che sarebbe idonea a dimostrarlo.

Ma l’illegittimità, per illogicità e anticoncorrenzialità, dei cinque sottoparametri, conferma ed assorbe quella affermata dal TAR, limitatamente al parametro 1e ed al profilo specifico

dell'unicità del produttore, e priva Roche dell'interesse all'esame delle censure rivolte a tale capo della sentenza appellata.

Le restanti censure di Roche, concernenti l'effetto derivante dalle riscontrate illegittimità, vengono esaminate in seguito.

32. Occorre a questo punto esaminare le censure riproposte da Roche per far valere – questa volta, sulla base della formulazione testuale dei sottoparametri (quelli chiamati in causa da Siemens, ed altri) e senza applicare il principio di equivalenza funzionale – una modifica dei punteggi utile a scavalcare Siemens in graduatoria.

33. I motivi che Roche ha dedotto per annullare l'aggiudicazione sono in buona parte fondati sulla pretesa di sostituire i giudizi espressi dalla Commissione con quelli ritenuti corretti da Roche, ma, per consolidata giurisprudenza la discrezionalità tecnica della stazione appaltante è insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su errori di fatto ovvero insufficientemente motivate.

Le difese di AUSL Umbria 1 e di Siemens hanno argomentato in senso esplicativo delle valutazioni della Commissione, rendendo più comprensibili le attribuzioni di punteggio.

Solo in alcuni casi l'appello coglie profili in ordine ai quali le motivazioni esternate dalla Commissione non appaiono autonomamente convincenti, al fine di escludere il superamento della predetta soglia di sindacabilità, e quindi richiederebbero approfondimenti istruttori onde accertare la consistenza tecnico-scientifica delle tesi contrapposte.

34. Rispettando l'ordine dell'appello, possono svolgersi le considerazioni che seguono.

Riguardo al sottoparametro di valutazione 1g ("Possibilità di blocco dell'analizzatore qualora non vengano eseguiti i controlli di qualità"), le censure di Roche riguardano la stessa possibilità di attribuzione di punteggio a Siemens, e risultano perciò infondate a seguito dell'accoglimento dell'appello incidentale (che comporta l'eliminazione del riferimento alla parte hardware come modalità per bloccare il funzionamento dell'analizzatore in caso di mancanza di controlli di qualità).

Riguardo al sottoparametro 1f ("Strumento con batteria ricaricabile, con basetta per il trasferimento dei dati (on-site o wireless) e ricarica batteria"), quanto alla contestazione dell'attribuzione di punteggio a Siemens, può farsi un discorso analogo al precedente. Quanto alla pretesa a che detto punteggio sia inferiore a quello di Roche, il presupposto (quello della piena conformità alla previsione solo di un dispositivo che comprenda la basetta) è il medesimo, smentito dall'accoglimento dell'appello incidentale, e il giudizio non sembra illogico, considerato che la soluzione Siemens (il trasferimento dei dati via Ethernet, nel sistema Siemens, avviene, infatti, attraverso il dispositivo di trasmissione collegato alla rete ospedaliera del cliente tramite cavo USB) può ritenersi superiore a quella di Roche in merito alla gestione delle batterie ricaricabili, e quindi ciò va a compensazione della minor comodità derivante dalla assenza di basetta.

Riguardo al sottoparametro 1e (“Calibrazione automatica tramite chip code”), quanto alla contestazione dell’attribuzione di punteggio a Siemens, valgono le considerazioni appena svolte. Quanto alla pretesa di Roche a che il suo punteggio sia aumentato (in ragione della piena conformità al parametro e delle caratteristiche - lo strumento garantisce che ad ogni misura la striscia utilizzata e la calibrazione del lotto siano correttamente associati e dunque riduce il numero dei passaggi operativi), può osservarsi che viene obiettato dalla AUSL che dette caratteristiche non siano state evidenziate nella relazione tecnico-descrittiva, mentre Siemens sostiene che anche il suo dispositivo è in grado di offrire la stessa funzione.

Roche contesta tali affermazioni.

Il Collegio osserva che al riguardo occorrerebbe disporre approfondimenti istruttori e che la pretesa di Roche relativa al sottoparametro consiste nell’incremento di 0,45 punti.

Riguardo al sottoparametro 1h (“Basso tempo di misura (max 5 minuti), con punteggio inversamente proporzionale al tempo di misura”), Roche lamenta che il coefficiente attribuito di 0,20 non trovi alcun riscontro nel disciplinare (che prevede al più un coefficiente di 0,25), e che comunque la Commissione le ha attribuito un tempo inferiore a 5 minuti, omettendo di esaminare in modo completo la “Relazione tecnico descrittiva della strumentazione – Punto B”, allegata all’offerta, nella quale, dopo aver premesso che il tempo impiegato è inferiore a 5 minuti, Roche evidenziava che “l’intervallo di misura per CoaguCheck PT est (cod. 06688721016) è 9,6 – 96 sec”. Il tempo medio di misurazione del dispositivo sarebbe, quindi di 52,8 secondi, così da meritare il coefficiente massimo 1.

Il Collegio osserva che il sottoparametro prevede “... con punteggio inversamente proporzionale al tempo di misura”, dunque derogatorio della griglia comune dei coefficienti attribuibili, e dunque il punteggio è frutto di una quantificazione automatica.

La Commissione, poiché il sistema offerto da Roche impiega dall’accensione dello strumento alla lettura del risultato meno di 5 minuti, mentre quello di Siemens impiega mediamente 60 secondi, ha attribuito un coefficiente-punteggio di 0,20 al “sistema Roche” e di 1 al “sistema Siemens”.

La contestazione in esame sembra confondere il tempo che intercorre tra l’accensione dello strumento e la lettura del risultato ed il tempo che intercorre tra l’applicazione della goccia di sangue sulla striscia reattiva sino alla comparsa del risultato sul display dello strumento. Siemens ha precisato che “Il sistema impiega mediamente 60 secondi per la misura dall’inserimento della striscia al risultato”; con ciò evidenziando che si tratta del tempo totale medio che il dispositivo impiega a fornire un risultato e non il tempo medio dell’intervallo di misura (ed all’interno di questo intervallo di tempo, il sistema esegue i controlli di qualità, il riscaldamento della striscia reattiva e l’esecuzione del test, mentre il test viene eseguito con un tempo normale medio di 12 secondi). L’operato della Commissione non evidenzia pertanto illogicità apprezzabili.

Riguardo al sottoparametro 2c (“Affidabilità e precisione. Correlazione del dato INR capillare con la strumentazione da laboratorio”), Roche lamenta che il miglior giudizio conseguito da

Siemens sia il frutto della considerazione (oltre che del test clinico) di diversi studi, in quanto questa non era richiesta dalla legge di gara (in tal caso avrebbe potuto allegarli anche Roche).

Ma la valutazione non può ritenersi illogica, posto che il disciplinare di gara prevedeva che i concorrenti dovessero illustrare le rispettive qualità tecniche “allegando depliant illustrativi, schede tecniche in lingua italiana, ed altro materiale utile in modo che risultino le principali caratteristiche tecnico scientifiche e di funzionalità”, dando così spazio ai concorrenti per documentare al meglio le prestazioni offerte, e che comunque risulta che il sistema Roche consente letture affidabili tra 0.8 e 5.3 INR, mentre quello di Siemens tra 0.8 ed il maggior valore di 8.

Il Collegio osserva che al riguardo occorrerebbe disporre approfondimenti istruttori e che la pretesa di Roche relativa al sottoparametro consiste nell'incremento di 0,45 punti.

Riguardo al sottoparametro 3b (“Trasferimento risultati PT/INR via SMS, MMS, mail a stampa referto cartacea”), Roche contesta di aver ottenuto il coefficiente 0.85, anziché, al pari di Siemens, il coefficiente massimo 1, sottolineando che anche la propria offerta prevede un'apposita app – valorizzata dalla Commissione, ancorché non prevista dal parametro.

L'AUSL eccepisce che solo in sede di giudizio Roche “si è ricordata” di poter anch'essa assicurare tale opportunità, mentre Siemens sostiene che l'applicazione da essa proposta da Siemens non funziona come descritto da Roche (mero accesso al software specifico per la gestione della terapia TAO Prometeo), ma consiste in una effettiva integrazione dell'infrastruttura informatica proposta da Siemens con il portale del cittadino, creata dall'ASL Umbria 1 per rendere più semplice l'accesso del paziente al referto e alla terapia, e che ciò giustifica il miglior punteggio.

Il Collegio osserva che al riguardo occorrerebbe disporre approfondimenti istruttori e che la pretesa di Roche relativa al sottoparametro consiste nell'incremento di 0,60 punti.

Riguardo al sottoparametro 1a (“Livello di tecnologia impiegata nel sistema di identificazione tramite Barcode Scanner: CF paziente, ID operatore, strisce reattive e materiali di controllo”), Roche lamenta che le offerte abbiano ottenuto il medesimo punteggio massimo, mentre il proprio dispositivo maggior valore della soluzione tecnologica offerta rispetto a quella di Siemens.

La AUSL nega che sia stata dimostrata una maggiore qualità dell'offerta Roche avuto riguardo alla tecnologia di identificazione della curva di calibrazione.

Per Siemens, la censura è rivolta a spostare l'attenzione dal “Barcode scanner” alla tecnologia di identificazione Roche a “micro chip”, ma si tratta di due cose completamente diverse, e dunque non emergono illogicità dalla valutazione della Commissione.

Il Collegio osserva che al riguardo occorrerebbe disporre approfondimenti istruttori e che la pretesa di Roche relativa al sottoparametro consiste nell'attribuzione a Siemens del minor coefficiente di 0,7, con diminuzione del suo punteggio di 0,75 punti (nella tabella vengono

peraltro indicati 1,50 punti).

Riguardo al sottoparametro 2a (“Controllo di qualità integrato nella striscia”), Roche contesta l’attribuzione alla propria offerta del coefficiente 0,85 anziché (come a Siemens) di quello massimo 1, sottolineando che anch’esso garantirebbe un duplice sistema di controllo

Siemens sostiene che, a fronte della descrizione dettagliata del funzionamento del controllo di qualità elettronico del proprio strumento, Roche si è limitata ad affermare che il proprio controllo “sorveglia automaticamente l’integrità dello strumento e della striscia in uso, la stabilità della striscia, la corrispondenza del lotto della striscia con il code chip calibratore, il corretto svolgimento delle fasi analitiche; segnala l’eventuale non conformità e insieme al sistema OS2C garantisce l’affidabilità dei risultati”, così evidenziando una funzionalità molto simile, ma non identica, che giustificherebbe la differenza di punteggio.

Il Collegio osserva che al riguardo occorrerebbe disporre approfondimenti istruttori e che la pretesa di Roche relativa al sottoparametro consiste nell’aumento del proprio punteggio di 0,60 punti.

Riguardo al sottoparametro 3a (“Accesso web al software gestionale per il controllo dello strumento”), le censure di Roche riguardano anzitutto la stessa possibilità di attribuzione di punteggio a Siemens, e risultano perciò infondate a seguito dell’accoglimento dell’appello incidentale (che comporta l’eliminazione dell’esclusiva rilevanza ai fini dell’accesso della componente software, prescindendo da quelle hardware).

In subordine, sostiene che la propria soluzione informatica avrebbe dovuto ottenere anch’essa il coefficiente massimo di 1, anziché 0,70.

La AUSL ha sottolineato che Siemens ha offerto non solo un hardware, ma anche un duplice software, l’uno denominato AURELIOLAB (che consente, tra l’altro, il monitoraggio funzionale del POCT, in quanto l’operatore può controllare direttamente la funzionalità di tutte le macchine in tempo reale, nonché gli eventuali messaggi di errore) e l’altro TAO per gestire la terapia.

Siemens sottolinea che Roche, nella sua relazione, dichiara: “Compatibilmente con le caratteristiche dello strumento, il software è in grado di operare la gestione remota del dispositivo”, non dando alcuna spiegazione chiara in merito alla modalità di gestione della strumentazione da remoto (si evince solamente che il software è in grado di trasferire i dati al LIS), così che la valutazione della commissione appare ragionevole.

Il Collegio osserva che al riguardo occorrerebbe disporre approfondimenti istruttori e che la pretesa di Roche relativa al sottoparametro consiste nell’aumento del proprio punteggio di 1,20 punti.

35. Roche ha puntualmente argomentato in memoria circa le modifiche dei punteggi che deriverebbero dall’accoglimento delle proprie censure e sulla relativa prova di resistenza.

Tuttavia, per quanto esposto, il Collegio osserva che, anche qualora, a seguito di eventuali approfondimenti istruttori (mediante verifica o consulenze tecniche), tutte le censure di Roche riguardo alle quali le valutazioni della Commissione mostrano profili di incompletezza o di possibile incongruenza, si dimostrassero fondate, ne deriverebbe una modifica dei punteggi di 4,80 (oppure 4,05, a seconda della prospettazione che si considera riguardo al sottoparametro 1a) punti in favore di Roche, insufficiente a mutare la graduatoria impugnata, stante il divario esistente a favore di Siemens, pari a 6,09 punti.

Pertanto, la prova di resistenza ai fini della dimostrazione dell'interesse di Roche all'esame delle censure, non può ritenersi superata, e non vi è luogo a disporre gli approfondimenti istruttori.

36. A seguito dell'estensione dell'ambito dell'art. 9 del disciplinare meritevole di annullamento, derivante dall'accoglimento dell'appello incidentale di Siemens, non sarebbe però giustificata l'ulteriore conseguenza che il TAR ne ha tratto, nel senso dell'annullamento dell'intera procedura di gara – conclusione che è oggetto di contestazione da parte di Siemens e della AUSL Umbria 1.

E' vero, infatti, che l'annullamento delle previsioni limitative contenute nella definizione dei sottoparametri 1c, 1e, 1f, 1g e 2a, consentirebbe astrattamente di ritenere legittima l'applicazione del principio di equivalenza operata dalla Commissione e di mantenere l'attribuzione dei punteggi (che, di fatto, presuppone la disapplicazione delle previsioni limitative).

37. Restano quindi da esaminare le censure dedotte, in via subordinata, da Roche e volte a conseguire tale effetto demolitorio.

Secondo Roche, in sostanza, *la lex specialis* non consentirebbe di comprendere *ex ante* quali sarebbero state le caratteristiche che la Commissione avrebbe valutato e non consente ora *ex post* la valutazione dell'operato della Commissione e il suo conseguente sindacato in sede giurisdizionale (tanto più, una volta eliminata la declinatoria, in chiave limitativa, di alcuni sottoparametri),

La incompleta formulazione di alcuni dei parametri di valutazione ha infatti portato la Commissione ad apprezzare elementi dell'offerta non indicati nel parametro, senza però che le previsioni del disciplinare permettessero di effettuare una simile valutazione in termini di equivalenza, e comunque di disporre di un elemento comune di raffronto idoneo a valutare comparativamente le caratteristiche dei prodotti.

38. Il TAR, pur affermando testualmente l'assorbimento delle censure formulate in via subordinata da Roche, ha comunque aggiunto che sarebbero infondate nel merito, sottolineando che l'art. 9 del disciplinare di gara – che prevede cinque parametri di valutazione, con relativi sottoparametri e fattori ponderali – non potrebbe per ciò solo essere ritenuto indeterminato o generico.

39. L'AUSL e Siemens difendono la valutazione operata dal TAR, anch'essi sottolineando

l'ampia articolazione dei criteri di valutazione e la circostanza che Roche ha potuto dedurre al riguardo ben dodici motivi di censura, e richiamando l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale solo l'impossibilità di ricostruire l'iter argomentativo seguito dalla Commissione comporta l'illegittimità della valutazione.

40. Il Collegio ritiene, tuttavia, che il TAR non abbia colto l'essenza delle censure in esame.

Non è la mancanza di articolazione ad inficiare, sotto il profilo della indeterminatezza, i criteri/parametri di valutazione, bensì la mancata previsione di requisiti di funzionalità, cui rapportare, oltre alle caratteristiche tecniche indicate dal disciplinare, quelle, eventualmente diverse, proposte dalle offerte tecniche e valutabili come equivalenti.

La tesi di Siemens, nella sostanza condivisa anche dalla AUSL, secondo la quale la mancanza di indicazioni esplicite, ovvero la desumibilità delle specifiche tecniche da parte della Commissione ("clausola aperta"), sarebbe funzionale ad una più elastica ed efficiente valutazione dei prodotti offerti, non può essere condivisa.

Al contrario, in tal modo risulta fuorviata la capacità di previsione dei concorrenti in sede di predisposizione dell'offerta, ed esteso, in modo non fisiologico e difficilmente sindacabile, lo spazio decisionale della Commissione. Anche la previsione di punteggi graduati da assegnare mediante valutazione discrezionale, a partire da un giudizio di insufficienza con coefficiente di punteggio pari a 0, non può condurre a diversa conclusione, dato che presuppone pur sempre un parametro funzionale espresso.

Nella prospettiva delineata, Roche sottolinea, con la memoria di replica, che l'accoglimento dell'appello incidentale stravolgerebbe il disciplinare al punto tale da renderlo radicalmente diverso da quello adottato dalla stazione appaltante, e tali considerazioni riguardano (almeno) cinque criteri di valutazione, a cui corrispondono ben 18 punti, su un totale di 60 punti previsti per la parte tecnica, con la conseguenza che ne risulta violato il principio di *par condicio* e legittimo affidamento dei partecipanti alla procedura (i quali hanno predisposto un'offerta tenendo conto di parametri di valutazione destinati a mutare radicalmente).

41. In questo senso, le censure in esame sono fondate, dovendosi considerare la genericità delle previsioni – una volta venuto meno il riferimento a caratteristiche e modalità operative – sotto il profilo della mancanza di indicazione sui requisiti funzionali, indispensabile per poter valutare prodotti che hanno caratteristiche e modalità operative diverse.

Tale considerazione ha rilievo non soltanto riguardo all'offerta Siemens, ma anche quella di Roche, in quanto coinvolge la correttezza e completezza delle motivazioni sul confronto concorrenziale tra i due prodotti offerti.

42. Con ciò, diviene finalmente – sulla base della considerazione delle censure di Roche idonee a supportarla – condivisibile la conclusione del TAR circa l'illegittimità del risultato di una interpretazione – *ex post* e in via "ortopedica" – che espunga dal testo della *lex specialis* gli specifici termini tecnici, ma pretenda di mantenere invariato il giudizio della Commissione e la conseguente aggiudicazione.

Deve dunque essere parzialmente accolto anche il ricorso principale di Roche, con conseguente conferma, seppur con motivazione parzialmente diversa, dell'esito di annullamento dell'intera procedura di gara.

43. Le spese del doppio grado di giudizio, stante la complessità delle questioni affrontate, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello incidentale di Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, accoglie parzialmente l'appello incidentale di Siemens Healthcare s.r.l., accoglie parzialmente l'appello principale di Roche Diagnostics s.p.a. Società Unipersonale e, per l'effetto, accoglie integralmente il ricorso incidentale ed accoglie parzialmente il ricorso principale proposti in primo grado, e conferma, con motivazione parzialmente diversa, l'annullamento degli atti di gara disposto dalla sentenza appellata.

Spese del doppio grado compensate.

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