

## **Per provare il proprio interesse a ricorrere il terzo classificato deve dimostrare anche la non conformità del prodotto offerto dalla seconda classificata**

*di Gianluca Taddeo*

*Data di pubblicazione: 14-12-2019*

1. Sono inammissibili le censure della ricorrente terza classificata avverso l'aggiudicazione alla prima classificata se non è provato l'interesse al ricorso mediante la dimostrazione della non conformità del prodotto offerto dalla seconda classificata alle caratteristiche tecniche del prodotto richiesto.

Infatti, in base ad un principio generale in materia di condizioni dell'azione, desumibile dall'art. 24 Cost. e dal principio codificato nell'art. 100 cod. proc. civ. (richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, cod. proc. amm.), l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto; inoltre nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (1)

*(1) Conforme: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26.4.2018, n. 4.*

2. Non è possibile ritenere che la gara abbia ad oggetto la fornitura di un prodotto con "caratteristiche standardizzate", sicché non sussistono i presupposti richiesti dall'art. 16, co. 4, lett. b-bis, della L.P. n. 2/2016 e dall'art. 95, co. 4, lett. b, del codice dei contratti pubblici per il ricorso al criterio del prezzo più basso, laddove la stazione appaltante non abbia specificato nella *lex specialis* né la soglia richiesta per considerare un prodotto idoneo, né quanti e quali elementi devono essere contenuti nel prodotto offerto. Laddove non sia possibile considerare i prodotti richiesti come "prodotti standard" la Stazione Appaltante deve ricorrere al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (2).

*(2) Conforme: Consiglio di Stato, Sez. III, 13.3.2018, n. 1609.*

### **Guida alla lettura**

Nella fattispecie oggetto della sentenza in commento la Stazione Appaltante ha indetto una

gara per l'appalto relativo alla fornitura di prodotti per nutrizione enterale da aggiudicarsi mediante il criterio del prezzo più basso.

Nello specifico, il capitolato speciale di appalto rinviava al capitolato tecnico la descrizione delle caratteristiche dei prodotti richiesti. Era richiesto, tra l'altro, un prodotto con le seguenti caratteristiche: *"liquido, ipercalorico, iperproteico (proteine > 20 %), con aggiunta di immunomodulanti, apporto in fibra solubile, disponibilità in più gusti"*.

La ricorrente, **terza classificata**, ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata sostenendo che il prodotto offerto dalla stessa non fosse ipercalorico. In via subordinata, la ricorrente ha affermato che laddove si fosse ritenuto che il capitolato consentisse ai singoli concorrenti di autoqualificare il prodotto offerto come ipercalorico allora il capitolato stesso sarebbe risultato a sua volta illegittimo per palese indeterminatezza, nonché per contrarietà all'interesse pubblico e alla *par condicio*.

La Stazione Appaltante si è costituita eccependo l'inammissibilità, per **carezza d'interesse**, dei primi tre motivi di ricorso, osservando che la ricorrente, pur essendo classificata al terzo posto della graduatoria, non aveva contestato la conformità del prodotto della seconda classificata.

Nell'esaminare tale eccezione i Giudici hanno ribadito che in base ad un principio generale in materia di condizioni dell'azione, desumibile dall'art. 24 Cost. e dal principio codificato nell'art. 100 c.p.a. (richiamato dall'art. 39, co. 1, c.p.a.), l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto; inoltre nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una **lesione concreta ed attuale** della sfera giuridica del ricorrente e dall'**effettiva utilità** che potrebbe derivargli dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (**Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26.4.2018, n. 4**).

I Giudici hanno quindi rilevato la mancanza nel caso in esame della prospettazione da parte della ricorrente dell'utilità che le sarebbe derivata dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata. Secondo il T.R.G.A. è ben vero che la ricorrente - stante la previsione dell'art. 34, co. 2 c.p.a., secondo il quale *"in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"* - giammai avrebbe potuto chiedere l'annullamento della mancata esclusione della seconda classificata perché l'Amministrazione non aveva accertato se il prodotto dalla stessa offerto presentasse i requisiti richiesti; tuttavia ciò non esimeva la ricorrente dall'onere di prospettare l'utilità concreta che ad essa sarebbe derivata dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore della prima classificata, utilità che essa avrebbe potuto conseguire solo dimostrando che, vista la scheda tecnica e l'etichetta del prodotto offerto in gara dalla seconda classificata, la sua offerta sarebbe stata esclusa (al pari di quella della prima classificata), con conseguente scorrimento della graduatoria in favore della ricorrente medesima terza classificata. Il Collegio ha quindi parzialmente accolto l'eccezione processuale sollevata dall'Amministrazione resistente e ha dichiarato il primo

gruppo di censure inammissibile per carenza di interesse.

La controinteressata ha poi eccepito la **tardività** di parte del ricorso osservando che le clausole della *lex specialis* ritenute affette da asserita indeterminatezza su elementi essenziali ai fini della formulazione dell'offerta dovevano essere oggetto di **immediata impugnazione**.

Il Collegio, condividendo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, **Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602**), ha rigettato tale istanza affermando che soggiacciono all'onere dell'immediata impugnazione le sole clausole che impediscono la partecipazione alla gara; invece per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e di attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti applicativi, quali l'esclusione o l'aggiudicazione a terzi, in quanto effettivamente lesivi. Il TRGA ha quindi ribadito che devono considerarsi **escludentile clausole** che precludono la partecipazione alla gara perché prescrivono in modo univoco requisiti soggettivi, di ammissione o partecipazione alla gara, arbitrari e discriminatori ovvero perché prevedono situazioni di fatto la cui carenza determina in via immediata e diretta l'esclusione dalla gara ovvero che danno luogo ad un'abnorme restrizione dell'accesso alla selezione, precludendo all'operatore di formulare adeguate offerte di gara in chiave competitiva.

Parimenti il TRGA ha ritenuto infondata l'eccezione di **inammissibilità** sul presupposto che le censure in esame sarebbero state volte a stimolare un sindacato di merito sulle **valutazioni tecnico-discrezionali** della stazione appaltante preordinate all'individuazione delle caratteristiche del prodotto richiesto e alla scelta del criterio del prezzo più basso.

Infatti il Collegio, richiamato il consolidato orientamento (*ex multis*, **Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6006**) secondo il quale la determinazione del contenuto della *lex specialis* è espressione di un potere discrezionale dell'Amministrazione che si sottrae al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitrario o sproporzionato, ha ritenuto l'eccezione infondata perché attraverso l'esame delle censure di cui trattasi il Collegio non è stato chiamato a svolgere un sindacato di merito sulle scelte della stazione appaltante. Infatti, la ricorrente aveva contestato radicalmente la complessiva impostazione della *lex specialis*, lamentandone la manifesta irragionevolezza ed illogicità in quanto avrebbe permesso ai concorrenti di offrire prodotti aventi caratteristiche qualitative notevolmente diverse tra di loro.

In questo modo secondo la ricorrente ne sarebbe risultata falsata la concorrenza e l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio del prezzo più basso senza che i prodotti offerti dai diversi concorrenti si differenziassero sotto il profilo qualitativo e, quindi, non presentassero "*caratteristiche standardizzate*". Ciò sarebbe avvenuto in palese violazione dell'art. 16, comma 4, lett. b-bis) della Legge Provinciale n. 2/2016 (vigente *ratione temporis*) che, al pari dell'art. 95, comma 4, lett. b) del codice dei contratti pubblici, consente il ricorso al criterio del prezzo più basso nel caso di forniture che "*presentano caratteristiche standardizzate o condizioni definite dal mercato*".

Venendo al merito, il TRGA ha ritenuto che nel caso di specie la *lex specialis* risultasse illegittima per due ragioni: A) in primo luogo perché le **caratteristiche del prodotto** richiesto

erano state individuate in modo talmente **generico** da permettere ai concorrenti di offrire prodotti aventi caratteristiche notevolmente diverse tra di loro; B) in secondo luogo perché l'espressione "*caratteristiche **standardizzate***" della fornitura (che si rinviene sia nell'art. **16, comma 4, lett. b-bis**, della **L.P. n. 2/2016**, sia nell'art. **95, comma 4, lett. b**, del codice dei contratti pubblici), sta ad indicare che il prodotto da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso può e deve essere definito in modo preciso nella *lex specialis*, in ragione della presenza sul mercato di più operatori in grado di offrire prodotti analoghi, e non invece che la stazione appaltante può indicare in modo generico le caratteristiche del prodotto, come erroneamente sostiene l'Amministrazione resistente.

I Giudici, accertato che non era possibile ritenere che la gara avesse ad oggetto la fornitura di un prodotto con "*caratteristiche standardizzate*", ha dichiarato che non sussistevano i presupposti richiesti dall'art. 16, comma 4, lett. b-bis, della legge provinciale n. 2/2016 e dall'art. 95, comma 4, lett. b, del codice dei contratti pubblici per il ricorso al criterio del prezzo più basso.

Al riguardo, condividendo l'orientamento del **Consiglio di Stato, Sez. III, 13 marzo 2018, n.1609** secondo cui il criterio del prezzo più basso è «*cirscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate*», nel qual caso «*può prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico*», il TRGA di Trento ha affermato che nel caso in esame sarebbe stato necessario il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non potendosi considerare i prodotti in commercio destinati a pazienti immunodepressi come "*prodotti **standard***".

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 111 del 2019, proposto dalla società Nestlè Italiana S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati

Jacopo Emilio Paolo Recla, Michele Di Michele e Manuel Zanella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, Via Oss Mazzurana n. 72, presso lo studio dell'avvocato Manuel Zanella;

***contro***

- la Provincia autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Sabrina Azzolini e Giuliana Fozzer, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, piazza Dante n. 15 presso l'avvocato Sabrina Azzolini;
- l'Azienda provinciale per i servizi sanitari, non costituita in giudizio;
- l'Agenzia provinciale per gli appalti e contratti, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

società Abbott S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Scanzano ed Elio Leonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

***per l'annullamento***

del verbale di seduta pubblica n. 199/2019 del 14 giugno 2019, nel corso della quale è stata disposta, in favore della società Abbott S.r.l., l'aggiudicazione del lotto 49 nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento della fornitura, suddivisa in 61 lotti, di prodotti per nutrizione enterale occorrenti all'Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento e all'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige; della nota prot. Class. 3.5 – Fasc. n. 2087/2019 del 18 giugno 2019, con cui la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione della fornitura di cui al lotto 49 alla società Abbott S.r.l.; di tutti gli altri verbali di gara ed, in particolare, dei verbali di seduta pubblica n. 176/2019 del 29 maggio 2019 e n. 195/2019 del 12 giugno 2019; della nota del 10 giugno 2019, a firma del Dirigente Medico dell'U.O.S. dietetica e nutrizione clinica dell'ospedale Santa Chiara di Trento, con la quale è stato trasmesso l'esito degli accertamenti condotti dal predetto Servizio, lotto per lotto, circa la conformità al capitolato tecnico dei prodotti offerti dalle Imprese risultate prime graduate; del capitolato tecnico, nelle parti di interesse; ove occorra, del bando e del disciplinare di gara,

con conseguente con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto di fornitura eventualmente stipulato con la controinteressata e subentro della ricorrente nel contratto medesimo, nonché per la condanna delle Amministrazioni intimete al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento e della controinteressata Abbott;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il dott. Carlo Polidori e uditi gli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Manuel Zanella per la società ricorrente, l'avvocato Sabrina Azzolini per la Provincia autonoma di Trento e l'avvocato Elio Leonetti per la controinteressata Abbott;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'Agenzia provinciale per gli appalti e contratti della Provincia autonoma di Trento ha indetto una *“gara europea a procedura aperta per l'appalto relativo alla fornitura di prodotti per nutrizione enterale occorrenti all'A.P.S.S. (Azienda Provinciale di Servizi Sanitari) di Trento e all'A.S. (Azienda Sanitaria) dell'Alto Adige”*, per la durata di 4 anni, rinnovabili fino a ulteriori 4 anni, suddiviso in 61 lotti da aggiudicarsi mediante il criterio del prezzo più basso. Il lotto 49 ha ad oggetto la fornitura di un *“integratore alimentare polimerico ipercalorico, iperproteico con immunomodulanti per pazienti immunodepressi per os”*. Il capitolato speciale di appalto rinvia al capitolato tecnico la descrizione delle caratteristiche tecniche dei prodotti richiesti per ciascun lotto. Per il lotto 49 è richiesto un prodotto con le seguenti caratteristiche: *“liquido, ipercalorico, iperproteico (proteine > 20 %), con aggiunta di immunomodulanti, apporto in fibra solubile, disponibilità in più gusti”*.

2. Hanno preso parte alla gara per l'affidamento del lotto 49 le società Nestlé Italiana S.p.a., Abbott S.r.l. e Nutrisens S.r.l.. Nella seduta pubblica del 14 giugno 2019 il Presidente di gara ha proceduto ad aggiudicare il lotto 49 alla società Abbott, dando atto che *«il prodotto offerto è conforme alle prescrizioni del capitolato tecnico»*.

3. La società Nestlé - premesso che la controinteressata Abbott avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il prodotto dalla stessa offerto, denominato Prosure, non presenta le caratteristiche richieste a pena di esclusione dal capitolato tecnico - impugna, unitamente agli atti presupposti, l'aggiudicazione del lotto 49 alla controinteressata, deducendo le seguenti censure.

l) *Violazione del capitolato tecnico e del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità; violazione degli articoli 68 e 94, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016.*

Il prodotto offerto dalla Abbott non è ipercalorico. Come risulta dalla scheda tecnica del Prosure, la concentrazione calorica di tale prodotto è pari a sole 1,27Kcal/ml, insufficiente affinché il prodotto possa definirsi ipercalorico, perché inferiore alla soglia minima di 1,3 o 1,5 Kcal/ml, che lo stesso capitolato richiede per i prodotti oggetto di altri lotti, in relazione ai quali è parimenti richiesta la fornitura di un prodotto ipercalorico. In particolare, per il lotto 6, viene richiesto un prodotto ipercalorico, con soglia calorica *“> maggiore uguale a 1,3 Kcal/ml”*, e per i lotti 5, 7, 10, 11, 15, 23, 24, 30, 47, 57, 58, 60 viene richiesto un prodotto ipercalorico, con soglia calorica pari ad *“almeno 1,5 Kcal/ml”*. Lo stesso capitolato specifica, con riferimento ai lotti 8, 9 e 52, che al di sotto della soglia calorica di 1,3 Kcal/ml, il prodotto è *“modicamente ipercalorico”*. Il fatto che il capitolato tecnico per il lotto 49 non specifichi quale sia la soglia per

poter definire un prodotto ipercalorico può derivare da un mero rifiuto, ma non vale certo ad escludere che la Abbott, in conformità al canone della buona fede contrattuale, avrebbe dovuto avvedersi della necessità di garantire una soglia minima pari (almeno) a 1,3 Kcal/ml.

In via subordinata, laddove si ritenesse che il capitolato consenta ai singoli concorrenti di autoqualificare il prodotto offerto per il lotto 49 come ipercalorico e/o ammetta una soglia inferiore a quella prevista per gli altri lotti, allora il capitolato stesso risulterebbe a sua volta illegittimo per palese indeterminatezza, nonché per contrarietà all'interesse pubblico e alla *par condicio*, perché non sussistono ragioni medico-scientifiche tali da giustificare una specifica, diversa soglia per il lotto 49.

*II) Violazione del capitolato tecnico e del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità; violazione degli articoli 68 e 94, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016.*

Il prodotto offerto dalla Abbott non presenta le caratteristiche indicate nel capitolato tecnico neppure nella parte in cui si richiede un prodotto con l'aggiunta di "immunomodulanti", perché l'utilizzo della forma plurale del sostantivo palesa che il prodotto offerto deve contenere più di un immunomodulante e tale pretesa è ragionevole dal punto di vista medico, perché ad un maggior numero di immunomodulanti corrisponde una maggiore qualità del prodotto. Il Prosure contiene un solo immunomodulante, vale a dire gli acidi grassi omega-3 EPA, ma non contiene nessuno degli altri nutrienti ad azione immunomodulante (come l'arginina, gli acidi grassi omega-3 e l'RNA), ossia nessuno degli altri componenti che contribuiscono a modulare la risposta infiammatoria e ad incrementare quella immunitaria.

*III) Violazione del capitolato tecnico e del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità; violazione degli articoli 68 e 94, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016.*

Il prodotto offerto dalla Abbott non presenta le caratteristiche richieste dal capitolato tecnico anche perché nella scheda tecnica non è specificato che il prodotto è indicato "per pazienti immunodepressi" - come è richiesto dal capitolato tecnico - a differenza di quanto si legge nella scheda tecnica del prodotto offerto dalla ricorrente (denominato Impact), ove si afferma che il prodotto è indicato «per la nutrizione orale di pazienti critici con immunodepressione, nei quali è obiettivo primario il sostenere o migliorare l'efficacia della risposta immunitaria, ad es: pazienti oncologici in trattamento radio-chemioterapico; pazienti con lesioni da decubito». Del resto il Prosure non è indicato per i pazienti immunodepressi perché non contiene arginina, e proprio la consapevolezza di tale carenza ha presumibilmente indotto la Abbott a non dichiarare che il prodotto è destinato a pazienti immunodepressi. Infatti dalla letteratura scientifica emerge che la presenza dell'arginina nella dieta enterale svolge una essenziale funzione di supporto alla risposta immunitaria dei pazienti immunodepressi perché tale sostanza è il precursore della prolina, metabolita che promuove la sintesi di collagene e, dunque, favorisce la cicatrizzazione; è un precursore dell'ossido nitrico, sostanza ad azione battericida e vasodilatatrice; supporta la sintesi dei linfociti T e quindi aumenta la resistenza alle infezioni; attiva la risposta del tessuto mieloide, e dell'attività macrofagica; stimola l'ormone della crescita e l'insulina, ormoni ad effetto anabolizzante.

La stessa concentrazione calorica troppo bassa del Prosure - già censurata con il primo motivo - rende tale prodotto non idoneo per i pazienti immunodepressi, in quanto per costoro è pratica diffusa la somministrazione orale di un integratore iperproteico e ipercalorico, perché l'immunodepressione è spesso associata a malnutrizione.

*IV) Illegittimità del capitolato tecnico; violazione del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità; violazione degli articoli 68 e 94, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016.*

In via subordinata (rispetto al terzo motivo), qualora si ritenesse che il capitolato sia da interpretare nel senso che consente ai concorrenti di scegliere quali immunomodulanti devono essere contenuti nel prodotto offerto e, quindi, consente l'offerta di un prodotto non contenente arginina (nonostante quanto specificato nel terzo motivo), allora il capitolato stesso sarebbe illegittimo per aver genericamente richiesto, in modo indifferenziato, la presenza di immunomodulanti e per aver posto sullo stesso livello l'arginina ed altri immunomodulanti molto meno efficaci.

*V) Illegittimità del capitolato tecnico; violazione del capitolato tecnico e del disciplinare di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità; violazione degli articoli 68 e 94, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016.*

In via ulteriormente subordinata, la *lex specialis* risulta illegittima per aver individuato quale criterio di aggiudicazione del lotto 49 quello del prezzo più basso, in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, laddove si ritenesse che il capitolato vada interpretato nel senso che consente ai singoli concorrenti di definire il prodotto offerto come ipercalorico e di scegliere il numero e la qualità di immunomodulanti ivi contenuti, sarebbe consentito ai concorrenti offrire prodotti tra loro radicalmente diversi dal punto di vista qualitativo; infatti - come esposto nei precedenti motivi - la concentrazione calorica, la presenza di più immunomodulanti e la presenza o meno dell'arginina incidono in modo decisivo sull'efficacia terapeutica del prodotto. In particolare, è palese la superiorità qualitativa del prodotto offerto dalla ricorrente, che presenta una maggiore concentrazione calorica, contiene arginina, e grazie alla sinergia con gli altri immunomodulanti contenuti (come omega 3 e RNA), riduce significativamente le complicanze infettive e la degenza ospedaliera. Tali aspetti qualitativi meritavano di essere valutati e non possono essere vanificati dalla scelta del criterio del prezzo più basso. Pertanto la stazione appaltante, quantomeno per l'aggiudicazione del lotto 49, avrebbe dovuto scegliere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche perché l'art. 95 del codice dei contratti pubblici consente di aggiudicare le forniture con il criterio del prezzo più basso soltanto in caso di prodotti aventi "*caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*".

4. La Provincia di Trento con memoria depositata in data 10 settembre 2019 ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità, per carenza di interesse, dei primi tre motivi di ricorso, osservando che la ricorrente, pur essendo classificata al terzo posto della graduatoria, non ha contestato la conformità tecnica del prodotto della seconda classificata al fine di dimostrare il proprio interesse all'annullamento dell'aggiudicazione in favore della Abbott.



Quindi la Provincia in replica al primo motivo ha osservato che per individuare la soglia per qualificare una soluzione nutritiva come ipercalorica occorre prima chiarire quando una soluzione nutritiva può essere considerata normocalorica, nozione questa che risulta «*consolidata nella prassi e corrispondente ad un contenuto calorico pari a 1kcal/ml di prodotto*», come risulta dalla disciplina di analoghe gare indette da altre amministrazioni per l'acquisto di prodotti della nutrizione enterale. Ciò posto, nella *lex specialis* non è stata fornita una definizione del requisito di soluzione enterale "ipercalorica" o "moderatamente ipercalorica" valida per tutti i lotti, ma è stato indicato l'apporto calorico richiesto per ciascun lotto. Pertanto, in mancanza di una definizione valida per tutti i lotti, non poteva essere escluso dalla gara relativa al lotto 49 un prodotto come il Prosure, che presenta un apporto calorico inferiore alla soglia specificamente richiesta per altri lotti, ma comunque superiore alla soglia di 1kcal/ml. Del resto, diversamente opinando, l'interprete si troverebbe a dover stabilire un requisito escludente scegliendo arbitrariamente tra la soglia di 1,3 kcal/ml, fissata per il lotto 6, e la soglia di 1,5 kcal/ml, fissata per i lotti 5, 7, 10, 11, 15, 23, 24, 30, 47, 57, 58, 60. Inoltre, mentre per alcuni lotti l'apporto calorico costituisce un requisito qualificante del prodotto (così, ad esempio, per i lotti 5, 6, 7, 8, 9), corredato da requisiti secondari, per altri lotti ciò non accade. Pertanto, non è consentito all'interprete presumere che l'omessa specificazione della soglia minima dell'apporto ipercalorico integri una dimenticanza da sanare tramite una eterointegrazione della *lex specialis*, tanto meno se tale operazione ermeneutica determina l'esclusione di un concorrente.

È comunque infondato il primo motivo nella parte in cui viene chiesto l'annullamento del capitolato tecnico. Spetta infatti alla stazione appaltante stabilire se per i pazienti immunodepressi si renda necessario acquistare un prodotto con un apporto moderatamente ipercalorico (ossia inferiore alla soglia di 1,3 kcal/ml), ovvero un prodotto con apporto ipercalorico, e nella fattispecie la stazione appaltante ha scelto di acquistare prodotti standard (e non prodotti specifici per ciascuna patologia) perché questa scelta consente di razionalizzare gli acquisti e poi, in sede clinica, di modulare ogni dieta in ragione delle specifiche esigenze, nutrizionali e terapeutiche, di ciascun paziente. In altri termini sono stati richiesti prodotti standard, salva la considerazione di requisiti specifici, laddove ritenuto necessario; dunque per alcuni lotti è stato specificato l'apporto calorico, indicando nel capitolato tecnico il limite massimo o minimo di apporto calorico richiesto per il prodotto in considerazione delle specifiche esigenze nutrizionali e terapeutiche della tipologia di paziente cui la dieta è destinata; invece per altri lotti (come il lotto 49), non ravvisandosi la necessità di specificare l'apporto calorico del prodotto richiesto, non è stata indicata una soglia, ma la sola caratteristica "ipercalorico", in modo da non limitare la concorrenza. Del resto la scelta delle caratteristiche del prodotto rientra nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante.

Al secondo motivo la Provincia ha replicato osservando che, secondo una recente pubblicazione (C. Mariette Immunonutrition. Journal of Visceral Surgery, 2015, 152, S14-17), sono immunomodulanti le seguenti sostanze: glutammina, arginina, omega-3, nucleotidi, taurina, vitamina A, vitamina E, vitamina C, betacarotene ed elementi traccia come zinco e selenio, e che - come risulta dalla scheda tecnica del Prosure - tale prodotto contiene più immunomodulanti, quali glutammina, arginina, omega-3 EPA, vitamina A, vitamina E, vitamina C, betacarotene, zinco e selenio.

Riguardo al terzo motivo la Provincia ha osservato che il capitolato tecnico contiene per ciascun lotto una tabella articolata in tre celle; la prima cella identifica il lotto con numerazione araba progressiva; la seconda esplicita l'oggetto del lotto; la terza traduce l'oggetto del lotto in specifiche tecniche. Per il lotto 49 la seconda cella identifica il prodotto tramite la locuzione: *“integratore alimentare polimerico ipercalorico, iperproteico con immunomodulanti per pazienti immunodepressi per os”*, mentre la terza indica i seguenti requisiti: *“liquido, ipercalorico, iperproteico (proteine >20 %), con aggiunta di immunomodulanti, apporto in fibra solubile, disponibilità in più gusti”*. Dunque, il capitolato tecnico traduce la indicazione terapeutica *“per pazienti immunodepressi”* nel requisito tecnico *“con aggiunta di immunomodulanti”* e, quindi, non essendo nella terza cella previsto alcun requisito ulteriore, l'Amministrazione - a fronte della piena corrispondenza del Prosure alle specifiche tecniche richieste per il lotto 49 - la Abbott non poteva essere esclusa in ragione dell'omessa indicazione della destinazione terapeutica del prodotto offerto.

In replica al quarto motivo la Provincia ha osservato che non è stato necessario stabilire se un prodotto contenente uno o più immunomodulanti sia conforme alle prescrizione tecniche stabilite per il lotto 49, perché il Prosure contiene una pluralità di immunomodulanti, ivi compresa l'arginina.

Al quinto motivo la Provincia ha replicato osservando che la determina a contrarre così motiva la scelta del criterio del prezzo più basso: *«la norma di riferimento (art. 16 comma 4 lettera b bis della L.P. n. 2/2016) consente l'uso di detto criterio nel caso di forniture che presentano caratteristiche standardizzate. Nel caso di specie l'Azienda si è orientata al soddisfacimento delle esigenze sottese all'acquisto dei prodotti in argomento secondo un approccio terapeutico che determina l'uso di prodotti standard secondo combinazioni varie che sono definite in sede terapeutica con l'elaborazione di una dieta specifica per ogni singolo paziente specificatamente connessa alla peculiare situazione dello stesso. Data questa impostazione di base la stazione appaltante intende acquistare prodotti standard, per i quali non è prevista alcuna modifica e/o personalizzazione rispetto a quanto già presente sul mercato»*. Tale scelta, come già evidenziato, mira a perseguire l'obiettivo di personalizzare la dieta dei pazienti in funzione delle patologie riscontrate, dapprima acquistando prodotti standard, per poi procedere alla personalizzazione della dieta, operazione riservata alla decisione terapeutica dello specialista. Quanto al lotto 49, esso ha ad oggetto un prodotto che, essendo destinato a pazienti immunodepressi, deve essere arricchito con immunomodulanti. Infatti le linee guida per la nutrizione artificiale ospedaliera, elaborate dalla SINPE (Società italiana di nutrizione artificiale e metabolismo), affermano (nel paragrafo dedicato alla *“Nutrizione artificiale nel paziente oncologico”*) che *«la somministrazione di immunostimolanti come l'arginina, gli acidi grassi poli-insaturi n-3, RNA, glutamina, dati per os o per NE potrebbe ridurre le complicanze e la degenza postoperatoria»*, ma precisano nel contempo che, *«considerando il bilancio tra i costi e i possibili vantaggi, non può essere attualmente raccomandato come trattamento standard»*. Alla luce di tale indicazione, e considerata l'elevata standardizzazione dei prodotti per la nutrizione enterale, risulta ragionevole la scelta del criterio del prezzo più basso, che garantisce il giusto temperamento tra l'esigenza di tutela della salute e quella di contenimento dei costi del servizio sanitario.

5. Anche la controinteressata Abbott con memoria depositata in data 10 settembre 2019 - oltre

ad eccepire l'inammissibilità dell'intero ricorso perché la ricorrente non ha contestato la conformità tecnica del prodotto offerto in gara dalla seconda classificata - ha evidenziato che la mancata specificazione della soglia minima per definire un prodotto ipercalorico non è frutto di un rifiuto, bensì di una scelta discrezionale della stazione appaltante, e che, non essendo prevista la soglia minima di 1,3 kcal/ml, era consentita l'offerta di un prodotto ipercalorico con una concentrazione calorica inferiore a tale soglia, tanto più se si considera che - come si evince dalle linee guida sugli alimenti a fini medici speciali, adottate dal Ministero della Salute nel novembre 2018 - sono generalmente definiti normocalorici i prodotti con un contenuto calorico pari a 1 kcal/ml. Pertanto, un prodotto come il Prosure, avendo un livello di calorie pari a 1,27 kcal/ml, è s da qualificare ipercalorico. Quanto poi alla seconda censura dedotta con il primo motivo, è tardiva perché le clausole della *lex specialis* connotate da asserita indeterminazione su elementi essenziali ai fini della formulazione dell'offerta incidono sulla stessa possibilità di predisporre l'offerta in maniera consapevole e, quindi, avrebbero dovuto essere oggetto di immediata impugnazione.

In replica al secondo motivo la controinteressata ha evidenziato che dalla scheda tecnica del Prosure risulta che il prodotto contiene, oltre a due acidi grassi omega 3 (l'acido eicosapentaenoico - EPA e l'acido docosaenoico - DHA), anche l'arginina e altri immunomodulanti, come la glutammina, lo zinco, la vitamina D3 ed i FOS.

Riguardo al terzo motivo la controinteressata ha eccepito che, alla luce di quanto affermato dalla ricorrente stessa, il Prosure è un prodotto indicato per pazienti immunodepressi proprio perché contiene arginina.

I restanti motivi, secondo la controinteressata, muovono dall'erroneo presupposto che il Prosure non contenga arginina e non sia ipercalorico.

6. La ricorrente con memoria depositata in data 8 ottobre 2019 ha replicato all'eccezione di inammissibilità del ricorso invocando la peculiarità della *lex specialis* evidenziando che la Commissione non ha ancora verificato la conformità tecnica del prodotto offerto dalla seconda classificata. L'art. 21 del disciplinare di gara dispone infatti che *"l'Azienda provvederà ad accertare, con riguardo al primo classificato di ciascun Lotto ... la conformità di quanto riportato in scheda tecnica e/o etichetta rispetto a quanto previsto in Capitolato tecnico relativamente alle caratteristiche generali e specifiche essenziali inderogabili richieste per ciascun prodotto ... . Qualora venisse riscontrata motivatamente la non conformità alle prescrizioni minime inderogabili ... procederà ad eseguire l'accertamento sul prodotto presentato dall'operatore economico immediatamente successivo nella graduatoria"*. Dunque non era possibile censurare l'ammissione della seconda classificata, perché ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. del proc. amm. *"in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*. In particolare, posto che il disciplinare prevede che la verifica di conformità rispetto ai requisiti minimi venga effettuata solo per la prima classificata, la Commissione, avendo accertato - sia pur erroneamente - che l'offerta della Abbott era conforme ai requisiti minimi, non ha svolto la verifica di conformità in relazione all'offerta della seconda classificata e, quindi, l'impugnazione della posizione della seconda classificata sarebbe stata inammissibile, implicando il sindacato del Giudice sull'esercizio di un potere amministrativo non ancora esercitato.

In ogni caso, sussiste l'interesse ad una decisione sulle censure volte all'annullamento integrale della procedura di gara, rispetto alle quali è irrilevante la posizione assunta in graduatoria dalla ricorrente.

Nel merito, la ricorrente ha insistito per l'accoglimento delle censure svolte con il ricorso.

7. Anche la Provincia di Trento e la controinteressata in data in data 11 ottobre 2019 hanno depositato memorie con le quali hanno ribadito le proprie tesi. In particolare la Abbott ha insistito per l'accoglimento dell'eccezione di inammissibilità dell'intero ricorso, evidenziando al riguardo che la seconda censura dedotta con il primo motivo e quelle dedotte con il quarto ed il quinto motivo sono strettamente collegate a quelle relative alla mancata esclusione della ricorrente. Inoltre, con particolare riferimento alle considerazioni svolte in memoria dalla ricorrente sul secondo motivo, la Abbott ha eccepito che la rimodulazione della censura ivi dedotta, mediante l'introduzione della differenza tra arginina "presente" e arginina "aggiunta", si traduce in un motivo nuovo e, come tale inammissibile.

8. Alla pubblica udienza del 24 ottobre 2019 il ricorso è stato chiamato e trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Ai fini dell'esame del presente ricorso giova evidenziare che le suesposte censure possono essere suddivise in due gruppi.

Il primo gruppo comprende: A) il primo motivo, nella parte in cui viene dedotto che il Prosure (prodotto offerto in gara dall'aggiudicataria Abbott per il lotto 49) non è un prodotto "iper calorico", come invece richiesto dalla *lex specialis*; B) il secondo motivo, con cui viene dedotto che il Prosure non contiene una pluralità di immunomodulanti, come invece richiesto dalla *lex specialis*, bensì un solo immunomodulante, e soprattutto non contiene arginina; C) il terzo motivo, con cui viene dedotto che la scheda tecnica del Prosure non reca la destinazione d'uso del prodotto richiesta dalla *lex specialis*, non essendo ivi specificato che il prodotto è indicato "per pazienti immunodepressi". Tali censure - mirando a dimostrare che la Abbott, aggiudicataria dell'appalto relativo al lotto 49, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver offerto un prodotto conforme alle specifiche tecniche richieste - sono finalizzate a tutelare l'interesse pretensivo primario della società ricorrente, ossia l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

Il secondo gruppo di censure comprende: A) il primo motivo di ricorso, nella parte in cui viene dedotto che il capitolato tecnico - se interpretato nel senso che per il lotto 49 spetta ai singoli concorrenti definire il prodotto offerto come iper calorico e/o è consentito offrire un prodotto con una concentrazione calorica inferiore a quella prevista per tutti gli altri lotti e, in particolare, inferiore alla soglia minima di 1,3 kcal/ml - è illegittimo per palese indeterminatezza e/o contraddittorietà, nonché per contrarietà all'interesse pubblico e alla *par condicio*, perché non sussistono ragioni medico-scientifiche tali da giustificare per il lotto 49 una soglia diversa da quella prevista per gli altri lotti; B) il quarto motivo, con cui viene dedotto che il capitolato tecnico - se interpretato nel senso che per il lotto 49 spetta ai singoli concorrenti la scelta degli

immunomodulanti contenuti nel prodotto offerto e, in particolare, è consentito offrire un prodotto non contenente arginina - è illegittimo perché è stata genericamente richiesta la presenza di immunomodulanti e sono stati posti sullo stesso livello un immunomodulante come l'arginina ed altri immunomodulanti molto meno efficaci; C) il quinto motivo, con cui viene dedotto che la *lex specialis*- se interpretata nel senso che per il lotto 49 spetta ai singoli concorrenti sia definire il prodotto offerto come ipercalorico, sia scegliere il numero ed il tipo di immunomodulanti contenuti nel prodotto offerto - è illegittima per aver individuato quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso (in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa), perché l'art. 95 del codice dei contratti pubblici consente di aggiudicare le forniture con il criterio del prezzo più basso solo in caso di prodotti aventi "*caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato*". A differenza di quanto affermato in memoria dalla Abbott, tali censure - dedotte solo in via subordinata dalla ricorrente - sono del tutto autonome da quelle del primo gruppo in quanto finalizzate a tutelare il c.d. interesse strumentale della ricorrente, ossia l'interesse alla riedizione della gara. Infatti dall'eventuale accoglimento di tali censure discenderebbe non già l'aggiudicazione del lotto 49 alla ricorrente, bensì la necessità di rinnovare integralmente la gara finalizzata all'aggiudicazione di tale lotto.

2. Ciò premesso, in parziale accoglimento dell'eccezione processuale sollevata dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata, il primo gruppo di censure deve essere dichiarato inammissibile, per carenza di interesse, alla luce delle seguenti considerazioni.

Secondo una consolidata giurisprudenza le condizioni dell'azione sono tre: la legittimazione a ricorrere, discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo; l'interesse ad agire o interesse al ricorso, nel linguaggio del processo amministrativo; la *legitimitas ad causam* legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce o resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo.

In particolare, in base ad un principio generale in materia di condizioni dell'azione, desumibile dall'art. 24 Cost. e dal principio codificato nell'art. 100 cod. proc. civ. (richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, cod. proc. amm.), l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto; inoltre nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4).

Tanto premesso, come ben evidenziato in memoria dalla Provincia, ciò che manca nel caso in esame è la prospettazione, da parte della ricorrente, dell'utilità che le deriverebbe dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata Abbott. È ben vero

che la ricorrente - stante la previsione dell'art. 34, comma 2, cod. del proc. amm., secondo il quale *"in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*- giammai avrebbe potuto chiedere l'annullamento della mancata esclusione della Nutrisens, seconda classificata, perché l'Amministrazione non ha accertato se il prodotto dalla stessa offerto presenta i requisiti richiesti; tuttavia ciò non esimeva la ricorrente dall'onere di prospettare l'utilità concreta che ad essa deriverebbe dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore della prima classificata, utilità che essa potrebbe conseguire solo dimostrando che, vista la scheda tecnica e l'etichetta del prodotto offerto in gara dalla seconda classificata, la sua offerta sarebbe esclusa (al pari di quella della Abbott), con conseguente scorrimento della graduatoria in favore della ricorrente medesima.

In altri termini, le censure in questione - ossia quelle volte a tutelare l'interesse all'aggiudicazione - sono inammissibili in quanto una cosa è censurare una valutazione dell'amministrazione (nella fattispecie la mancata esclusione della seconda classificata), il che postula senz'altro che il potere amministrativo sia stato concretamente esercitato; altra cosa è provare l'interesse al ricorso, il che postula che la ricorrente avrebbe comunque dovuto dimostrare la non conformità del prodotto offerto dalla seconda classificata alle caratteristiche tecniche del prodotto richiesto.

3. Ben diverse considerazioni valgono per le censure del secondo gruppo, che possono essere trattate congiuntamente in quanto mirano a contestare la complessiva impostazione della *lex specialis* relativa al lotto 49.

4. Tale impostazione emerge con chiarezza dalla determina a contrarre e dalle difese svolte in giudizio dalla Provincia.

La determina a contrarre così motiva la scelta del criterio del prezzo più basso: posto che l'art. 16, comma 4, lett. b-bis) della legge provinciale n. 2/2016 (vigente *ratione temporis*), al pari dell'art. 95, comma 4, lett. b) del codice dei contratti pubblici, consente il ricorso al criterio del prezzo più basso nel caso di forniture che *"presentano caratteristiche standardizzate o condizioni definite dal mercato"*, nel caso in esame *"l'Azienda si è orientata al soddisfacimento delle esigenze sottese all'acquisto dei prodotti in argomento secondo un approccio terapeutico che determina l'uso di prodotti standard secondo combinazioni varie che sono definite in sede terapeutica con l'elaborazione di una dieta specifica per ogni singolo paziente specificatamente connessa alla peculiare situazione dello stesso. Data questa impostazione di base la stazione appaltante intende acquistare prodotti standard, per i quali non è prevista alcuna modifica e/o personalizzazione rispetto a quanto già presente sul mercato"*. In coerenza con la scelta del criterio del prezzo più basso, per il lotto 49 è stato richiesto un *"prodotto standard"* (ossia con *"caratteristiche standardizzate"*) avente le seguenti caratteristiche: *"liquido, ipercalorico, iperproteico (proteine >20 %), con aggiunta di immunomodulanti, apporto in fibra solubile, disponibilità in più gusti"*. In altri termini per il lotto 49 la stazione appaltante - al dichiarato fine di ampliare la concorrenza e tenuto conto delle linee guida per la nutrizione artificiale ospedaliera elaborate dalla SINPE - ha ritenuto, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, di non specificare le caratteristiche del prodotto da acquistare per la nutrizione di *"pazienti immunodepressi"*, limitandosi a richiedere (per quanto interessa in questa sede) un prodotto *"ipercalorico"* e *"con aggiunta di*

*immunomodulanti*”, senza indicare né la soglia richiesta per considerare un prodotto “*iper calorico*”, né quanti e quali immunomodulanti devono essere contenuti nel prodotto offerto. Quindi, proprio la definizione del prodotto richiesto mediante “*caratteristiche standardizzate*” avrebbe consentito, secondo la stazione appaltante, il ricorso al criterio del prezzo più basso (in luogo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa).

5. Come accennato, la ricorrente contesta radicalmente tale impostazione lamentando: A) innanzi tutto la genericità e l’illogicità del capitolato tecnico, nella parte in cui stabilisce le caratteristiche del prodotto richiesto per il lotto 49, con la conseguenza che ai concorrenti è permesso offrire prodotti aventi caratteristiche qualitative notevolmente diverse tra di loro; B) in secondo luogo l’assenza dei presupposti per il ricorso al criterio del prezzo più basso, perché le “*caratteristiche standardizzate*” di cui all’art. 16, comma 4, lett. b-bis) della legge provinciale n. 2/2016 non stanno ad indicare che il bene richiesto deve essere individuato nella *lex specialis* mediante una descrizione più ampia possibile, bensì che i prodotti offerti non si differenziano sotto il profilo qualitativo e, quindi, la scelta del prodotto da acquistare ben può avvenire tenendo conto solo dell’elemento prezzo.

6. Ancor prima di esaminare tali censure il Collegio deve però farsi carico delle eccezioni processuali sollevate al riguardo dalla Provincia e dalla controinteressata.

7. La controinteressata ha eccepito la tardività della seconda censura dedotta con il primo motivo, osservando che le clausole della *lex specialis* ritenute affette da asserita indeterminazione su elementi essenziali ai fini della formulazione dell’offerta devono essere oggetto di immediata impugnazione.

Secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602), che il Collegio condivide, soggiacciono all’onere dell’immediata impugnazione le sole clausole che impediscono la partecipazione alla gara o impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura ovvero che rendono impossibile la stessa formulazione dell’offerta, impedendo il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; invece per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e di attribuzione dei punteggi, l’interesse al ricorso nasce con gli atti applicativi, quali l’esclusione o l’aggiudicazione a terzi, in quanto effettivamente lesivi. Devono, dunque, considerarsi escludenti le clausole che precludono la partecipazione alla gara perché prescrivono in modo univoco requisiti soggettivi, di ammissione o partecipazione alla gara, arbitrari e discriminatori; ovvero perché prevedono situazioni di fatto la cui carenza determina in via immediata e diretta l’esclusione dalla gara ovvero che danno luogo ad un’abnorme restrizione dell’accesso alla selezione, precludendo all’operatore di formulare adeguate offerte di gara in chiave competitiva. In tali ipotesi non è ragionevole pretendere che il concorrente presenti l’offerta, destinata inesorabilmente all’esclusione, trattandosi di un onere formalistico ed inutile, ben potendo egli reagire immediatamente contro la (pretesa) illegittima formulazione del bando che impedisca una proficua partecipazione alla gara.

Alla luce di tali condivisibili considerazioni l’eccezione svolta dalla controinteressata è priva di fondamento. Non vi è infatti ragione per ritenere che la società Nestlé avrebbe dovuto

impugnare immediatamente la clausola del capitolato tecnico che, nel definire le caratteristiche del prodotto richiesto, richiede che sia “*iper calorico*”, non foss’altro perché dalla scheda tecnica del prodotto denominato Impact, offerto in gara dalla ricorrente, risulta che lo stesso ha una concentrazione calorica pari a 1,44 kcal/ml, palesemente sufficiente - secondo il ragionamento seguito dalla stazione appaltante - affinché il prodotto possa definirsi iper calorico.

8. Parimenti infondata è l’eccezione di inammissibilità sollevata dalla Provincia sul presupposto che le censure in esame sarebbero volte a stimolare un sindacato di merito sulle valutazioni tecnico-discrezionali della stazione appaltante, preordinate all’individuazione delle caratteristiche del prodotto richiesto per il lotto 49 e alla scelta del criterio del prezzo più basso.

È ben noto al Collegio il consolidato orientamento (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6006) secondo il quale la determinazione del contenuto della *lex specialis*- ivi compresa la scelta del criterio più idoneo per l’aggiudicazione - è espressione di un potere discrezionale in base al quale l’Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati ai fini del perseguimento dell’interesse pubblico; dunque le scelte della stazione appaltante, ampiamente discrezionali, si sottraggono al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell’oggetto e all’esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio.

Tuttavia, proprio alla luce di tali condivisibili considerazioni, l’eccezione risulta infondata, perché attraverso l’esame delle censure di cui trattasi il Collegio non è chiamato a svolgere un sindacato di merito sulle scelte della stazione appaltante. Come già si è evidenziato, la ricorrente contesta radicalmente la complessiva impostazione della *lex specialis*, lamentandone la manifesta irragionevolezza ed illogicità in quanto permette ai concorrenti di offrire prodotti aventi caratteristiche qualitative notevolmente diverse tra di loro, falsando la concorrenza, e prevede che l’aggiudicazione avvenga con il criterio del prezzo più basso, senza considerare che i prodotti offerti dai diversi concorrenti si differenziano sotto il profilo qualitativo e, quindi, non presentano “*caratteristiche standardizzate*”, come invece richiesto dalla legge. Il sindacato richiesto al giudice si sostanzia, quindi, nell’esaminare la logicità della legge di gara, e la sua congruenza rispetto al risultato sperato.

9. Passando al merito, le censure in esame risultano fondate alla luce delle seguenti considerazioni.

Come affermato dalla giurisprudenza richiamata dalla ricorrente (Consiglio di Stato, Sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7131), le stazioni appaltanti sono chiamate a scegliere, tra il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell’oggetto del contratto, in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche consente di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo all’individuazione della migliore offerta. In particolare, il criterio del prezzo più basso è adeguato quando l’oggetto del contratto abbia connotati di ordinarietà e sia caratterizzato da elevata standardizzazione in relazione alla diffusa presenza



sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto richiesto. In questo caso, la stazione appaltante, qualora sia in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, può non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. Al contrario, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa viene in considerazione quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi. In questo caso la stazione appaltante può ritenere che l'offerta più vantaggiosa per la specifica esigenza sia quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo e deve, quindi, valutare se uno o più degli aspetti qualitativi dell'offerta concorrano, insieme al prezzo, all'individuazione della soluzione più idonea a soddisfare l'interesse sotteso all'indizione della gara.

Poste tali premesse, nella fattispecie in esame la *lex specialis* relativa al lotto 49 risulta illegittima per due ragioni: A) in primo luogo perché le caratteristiche del prodotto richiesto per tale lotto sono state individuate in modo talmente generico da permettere ai concorrenti di offrire prodotti aventi caratteristiche notevolmente diverse tra di loro, senza considerare che - trattandosi di un prodotto destinato all'alimentazione di "pazienti immunodepressi"- alla luce della lettera scientifica invocata dalla stessa stazione appaltante, la diversa composizione dei prodotti in commercio ben può rilevare per differenziare l'efficacia dei prodotti stessi (sicché v'è motivo di ritenere che anche la stazione appaltante, al pari della ricorrente, avesse interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dei prodotti offerti dai concorrenti), e senza considerare che la genericità delle condizioni poste in gara risulta lesiva della *par condicio* (perché finisce per danneggiare i concorrenti in grado di offrire prodotti più efficaci); B) in secondo luogo perché l'espressione "caratteristiche standardizzate" della fornitura (che si rinviene sia nell'art. 16, comma 4, lett. b-bis, della legge provinciale n. 2/2016, sia nell'art. 95, comma 4, lett. b, del codice dei contratti pubblici), sta ad indicare che il prodotto da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso può e deve essere definito in modo preciso nella *lex specialis*, in ragione della presenza sul mercato di più operatori in grado di offrire prodotti con caratteristiche analoghe, e non invece che la stazione appaltante può indicare in modo generico le caratteristiche del prodotto, come erroneamente sostiene l'Amministrazione resistente.

10. In particolare - quanto ai motivi con cui viene censurata la scelta di richiedere un prodotto "iper calorico" e "con aggiunta di immunomodulanti", senza specificare né la soglia richiesta per considerare un prodotto iper calorico, né quanti e quali immunomodulanti devono essere contenuti nel prodotto offerto - coglie nel segno la ricorrente innanzi tutto quando afferma che, avendo il lotto 49 ad oggetto un prodotto destinato ad una ben determinata categoria di soggetti (i "pazienti immunodepressi"), per la quale l'importanza di un integratore alimentare con un elevato apporto calorico è espressamente riconosciuta dalla stessa stazione appaltante, quest'ultima avrebbe dovuto specificare (analogamente a quanto accaduto per altri lotti) la soglia richiesta per considerare un prodotto iper calorico. Invece, la mancanza di tale specificazione ha prodotto una situazione di incertezza, palesemente incompatibile con la garanzia della *par condicio* che deve caratterizzare procedure selettive come quella in esame.

Emblematico e indicativo della fondatezza della censura è il fatto che l'Amministrazione nelle proprie difese, per definire quando un prodotto può essere definito ipercalorico, ricorre ad una sorta di eterointegrazione della *lex specialis*, affermando che occorre prima stabilire quando un prodotto sia normocalorico e a tal fine richiama la nozione «*consolidata nella prassi e corrispondente ad un contenuto calorico pari a 1kcal/ml di prodotto*», desunta dalla disciplina di analoghe gare indette da altre amministrazioni.

11. Parimenti coglie nel segno la ricorrente quando - sempre muovendo dal presupposto che il lotto 49 ha ad oggetto un prodotto destinato a «*pazienti immunodepressi*» - lamenta che la stazione appaltante non abbia specificato quanti e quali immunomodulanti devono essere contenuti nel prodotto offerto. Infatti nel paragrafo delle linee guida per la nutrizione artificiale ospedaliera dedicato alla «*Nutrizione artificiale nel paziente oncologico*» si legge che «*la somministrazione di immunostimolanti come l'arginina, gli acidi grassi poli-insaturi n-3, RNA, glutamina, dati per os o per NE potrebbe ridurre le complicanze e la degenza postoperatoria*», anche se poi si precisa che, «*considerando il bilancio tra i costi e i possibili vantaggi, non può essere attualmente raccomandato come trattamento standard*». Nel paragrafo dedicato alla «*Nutrizione artificiale in terapia intensiva*» si legge che «*Alcune formulazioni per via enterale arricchite con arginina, acidi grassi omega-3, trigliceridi a catena media (MCT), glutammina e nucleotidi possono avere un effetto positivo sulla immunomodulazione. Alcuni studi (Classe I e II) sull'efficacia di tali diete hanno dimostrato, in pazienti critici, una riduzione delle complicanze infettive ed un periodo di degenza più breve*».

Dunque anche la diversa concentrazione di immunomodulanti (e, in particolare, dell'arginina) all'interno dei prodotti in commercio ben può rilevare per differenziare l'efficacia dei prodotti stessi: la stazione appaltante avrebbe, quindi, dovuto specificare il contenuto e il numero minimo di immunomodulanti richiesto. La mancanza di tale specificazione non solo si è tradotta in un'ulteriore fattore di incertezza, incompatibile con la *par condicio*, ma ha finito altresì per far ritenere parimenti conformi ai requisiti richiesti un prodotto come il Prosure, che contiene solo 0,26 gr./100 ml di arginina ed un prodotto come l'Impact, che contiene ben 1,8 gr./100 ml di arginina.

12. È anche fondata la censura svolta dalla ricorrente quando afferma che - non avendo la stazione appaltante specificato nella *lex specialis* né la soglia richiesta per considerare un prodotto «*ipercalorico*», né quanti e quali immunomodulanti devono essere contenuti nel prodotto offerto - non è possibile ritenere che la gara abbia ad oggetto la fornitura di un prodotto con «*caratteristiche standardizzate*», sicché non sussistono i presupposti richiesti dall'art. 16, comma 4, lett. b-bis, della legge provinciale n. 2/2016 e dall'art. 95, comma 4, lett. b, del codice dei contratti pubblici per il ricorso al criterio del prezzo più basso.

Al riguardo è sufficiente ribadire che, secondo la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. III, 13 marzo 2018, n.1609), condivisa dal Collegio, nella legislazione vigente il criterio del prezzo più basso è «*circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate*», nel qual caso «*può prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente*

*nell'allegato tecnico»; invece nel caso in esame, tenuto conto delle diverse caratteristiche dei prodotti in commercio destinati a pazienti immunodepressi, sarebbe stato necessario il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Né può pervenirsi a diverse conclusioni solo perché nella determina a contrarre è stato evidenziato che la scelta del criterio del prezzo più basso è frutto di «un approccio terapeutico che determina l'uso di prodotti standard secondo combinazioni varie che sono definite in sede terapeutica con l'elaborazione di una dieta specifica per ogni singolo paziente specificatamente connessa alla peculiare situazione dello stesso»: infatti nel caso in esame manca il presupposto di tale approccio terapeutico, cioè la possibilità di considerare i prodotti in commercio destinati a pazienti immunodepressi come "prodotti standard".*

13. In definitiva la domanda di annullamento proposta in via subordinata dalla ricorrente, a tutela del proprio interesse strumentale alla riedizione della gara, con regole diverse, deve essere accolta e, per l'effetto, si deve disporre l'annullamento degli atti della procedura di gara relativa al lotto 49, a partire dalla *lex specialis*. La declaratoria di inammissibilità della domanda di annullamento proposta in via principale dalla ricorrente comporta, invece, l'infondatezza della domanda risarcitoria, che risulta peraltro formulata in termini generici.

14. Tenuto conto della complessità delle questioni trattate, sussistono i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 111/2019 lo accoglie nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla tutti gli atti della procedura di gara relativa al lotto 49.

Spese compensate.

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