

Pubblicato il 26/09/2023

N. 08512/2023REG.PROV.COLL.
N. 04546/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4546 del 2023, proposto dalla
Pikdare S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il
suo studio in Roma, Via di Ripetta, n. 142, e domicilio digitale come da PEC
nei Registri di giustizia,

contro

l'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti – Aria S.p.a., in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocata Maria
Lucia Tamborino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano
Gattamelata, in Roma, Via Di Monte Fiore, n. 22, e domicilio digitale come da
PEC nei Registri di giustizia;

nei confronti

di Becton Dickinson Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Simon e Riccardo Arbib,
con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, Via di Porta
Pinciana, n. 6, e domicilio digitale come da PEC nei Registri di giustizia;

di Ypsomed Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione II, 30 marzo 2023, n. 803, resa tra le parti e notificata il 27 aprile 2023, concernente la procedura aperta per la conclusione di accordi quadro per la fornitura di dispositivi per pazienti diabetici e servizi connessi;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti – Aria S.p.a. e della Becton Dickinson Italia S.p.a.;

Visti tutte le memorie e gli atti della causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 14 settembre 2023, il consigliere Luca Di Raimondo e viste le conclusioni delle parti come da verbale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aria S.p.A. e di Becton Dickinson Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 settembre 2023 il Cons. Luca Di Raimondo e uditi per le parti gli avvocati viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con Determina del Direttore generale n. 843 in data 8 ottobre 2021, l'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti – Aria S.p.a., società sottoposta a vigilanza e controllo da parte della Regione Lombardia e che svolge funzione di centrale regionale di committenza (di seguito, anche “Aria” o “Azienda”), ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'articolo 60 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 con base d'asta di € 78.968.350,30 per la conclusione di accordi quadro per la fornitura di dispositivi per pazienti

diabetici e servizi connessi in favore degli enti del Servizio Sanitario regionale, ai sensi dell'articolo 54, commi 3 e 4, del medesimo Codice dei contratti pubblici vigente *ratione temporis*.

L'obiettivo prefissato dalla stazione appaltante è quello di garantire un'adeguata qualità dei dispositivi medici acquisiti e di soddisfare i fabbisogni terapeutici specifici, in applicazione del principio della tutela della salute *ex* articolo 32 della Costituzione.

La gara è stata suddivisa in undici lotti; con l'operatore economico aggiudicatario di ciascun lotto verrà stipulato un Accordo Quadro, ognuno della durata di 36 mesi, con possibilità di eventuali ulteriori 12 mesi di estensione nel caso in cui alla scadenza naturale fosse residua ancora una parte dell'importo stanziato.

Il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di un massimo di 70/100 punti all'offerta tecnica e di 30/100 punti a quella economica.

Oggetto della presente controversia sono soltanto i lotti numeri 3, 4, 5 e 6, tutti riguardanti gli “*Aghi per penna insulinica*”, rispetto ai quali la Pikdare S.p.a. (di seguito anche “Pikdare”) ha proposto ricorso dinanzi al Tar Milano con richiesta di sospensiva per l'annullamento della *lex specialis*, nella parte relativa ai due criteri premiali di valutazione dell'offerta tecnica concernenti, rispettivamente, “*numerosità delle sfaccettature dell'ago penna ed in particolare sfaccettature maggiori di 3 bevel > 3*” (secondo criterio) e “*numerosità di aghi all'interno del confezionamento secondario offerto*” (sesto criterio), sul presupposto che si trattasse di clausole immediatamente escludenti e, quindi, da impugnare senza attendere l'esito della procedura.

Nel frattempo, la stazione appaltante ha disposto la modifica del criterio premiale relativo alla numerosità di aghi contenuti nel confezionamento secondario, lasciando inalterato quello concernente la numerosità delle sfaccettature (*bevel*) dell'ago penna da insulina.

Dopo aver rigettato la domanda cautelare con ordinanza 19 gennaio 2021, n. 1207 ed a seguito di una serie di rinvii anche per consentire la trattazione dei motivi aggiunti proposti nelle more dalla ricorrente (Pikdare era risultata aggiudicataria dei lotti n. 1 e n. 3, mentre si era classificata seconda nei lotti n. 4 e n. 5), il Tar Milano, Sezione II, ha disposto verifica con ordinanza collegiale 5 luglio 2022, n. 1667, alla quale ha fatto seguito l'ordinanza collegiale 13 settembre 2022, n. 2004, con cui è stato incaricato il Direttore della Direzione generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico del Ministero della Salute, vista l'impossibilità comunicata dal primo verificatore (il Direttore sanitario dell'Azienda Ospedaliero Universitaria "Molinette" di Torino) di trovare figure professionali in grado di rispondere ai quesiti posti dal Tar.

Con sentenza 30 marzo 2023, n. 803, che ha condiviso in chiave critica le conclusioni rassegnate dal verificatore con relazione depositata il 31 gennaio 2023, il Tribunale territoriale:

- ha dichiarato improcedibile il ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione ai sensi dell'articolo 35 comma 1 lettera c, c.p.a., avente il gravame ad oggetto l'asserita illegittimità di due dei criteri di valutazione tecnica suindicati e tenuto conto che, come osservato, il criterio valutativo sulla numerosità degli aghi era stato rettificato, che Pikdare è risultata aggiudicataria dei lotti n. 3 e n. 6, e che la ricorrente, conseguentemente, aveva dato atto che, per i restanti lotti, nutriva interesse solo a coltivare l'impugnativa per l'annullamento dell'altro criterio sul numero delle sfaccettature > 3;
- ha respinto il ricorso per motivi aggiunti concernente il criterio valutativo del numero di sfaccettature per i lotti numeri 4 e 5, aggiudicati alla Becton Dickinson Italia S.p.a. (di seguito anche "BD").

In sostanza, il Tar ha rigettato la censura relativa all'illegittimità del criterio sul numero delle sfaccettature, per il quale erano assegnabili 10 punti tecnici su 70 complessivi e da attribuire secondo la regola "on/off" senza alcuna

graduazione, per cui chi avesse posseduto il requisito avrebbe ottenuto l'intero punteggio, mentre nessun punto sarebbe stato assegnato all'operatore economico, la cui offerta ne fosse risultata priva.

I primi giudici non hanno condiviso la tesi sviluppata sul punto dalla ricorrente, secondo cui la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto fare ricorso in ogni caso al principio dell'equivalenza funzionale, avvalendosi di tale facoltà concessa *ex lege* e ribadita dalla stessa stazione appaltante pure nei chiarimenti, anche alla luce della documentazione prodotta da Pikdare, tesa a dimostrare quantomeno l'equivalenza, se non la migliore qualità in termini di capacità di penetrazione, del prodotto offerto, caratterizzato dall'affilatura *soft sharpening* a 3 sfaccettature: tale soluzione, secondo la tesi della ricorrente, consentirebbe un miglioramento significativo nella somministrazione di insulina, riducendo la quantità di forza necessaria per penetrare i tessuti, considerata la possibilità di ottenere una geometria dell'ago ottimale per la riduzione dei punti di attrito e, di conseguenza, una minor forza di penetrazione, con beneficio per il paziente.

2. Con ricorso in appello notificato e depositato il 26 maggio 2023, Pikdare ha impugnato, chiedendone la riforma, la citata sentenza n. 603/2023, affidando il proprio gravame a cinque mezzi di doglianza, con i quali ha denunciato violazione della normativa in materia di appalti ed eccesso di potere nelle figure sintomatiche, lamentando, nella sostanza, che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente introdotto il criterio premiale della numerosità delle sfaccettature degli aghi offerti in gara, così riducendo significativamente, se non in maniera assoluta, la platea degli offerenti e premiando in modo abnorme, con il criterio "on-of", gli operatori economici che fossero in grado di presentare un prodotto con tale caratteristica.

Più in particolare, la società appellante ha dedotto i seguenti motivi di diritto, formulati sulla base di quelli articolati in primo grado e sviluppati anche in chiave critica della pronuncia del Tribunale veneto:

“I. Sul Capo n. 2 della sentenza (pp. 8 e ss.) sui motivi aggiunti, in particolare sul Capo n. 2.3 della sentenza (pp. 11-13).

Error in iudicando nonché erronea, illogica e contraddittoria motivazione, travisamento, in punto di “Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 32, 41, 42, 97 e 117, comma 2, lett. e) Cost. e 1 e 3 l. 241/1990; del d.lgs. 50/2016, con specifico riferimento agli artt. 30, 51, 54, 59, 60, 68, 86 e 95; dei principi di trasparenza, efficienza, economicità ed efficacia, di proporzionalità e buon andamento, di libera iniziativa economica, di libera concorrenza e di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Violazione della lex specialis e dei chiarimenti resi sulla stessa, in specie: del Progetto di gara; del secondo criterio di valutazione tecnica di cui al documento di gara Requisiti essenziali e valutativi; dell’art. 2, in tema di Caratteristiche tecniche del prodotto in gara, pagina 4 del Capitolato Tecnico; dell’art. 16.5, in punto Offerta del prodotto e documentazione tecnica – step 2, pagina 45 del Capitolato d’Oneri. Violazione del principio di autovincolo. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, manifesta ingiustizia, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Disparità di trattamento, discriminazione, violazione della par condicio, contraddittorietà, sproporzione e irragionevolezza. Violazione del legittimo affidamento ingenerato”: con tale mezzo, ripreso anche nel quarto motivo, l’appellante censura la sentenza perché il punteggio tabellare di 10 attribuito al numero di bevel maggiore di 3 sarebbe ingiustamente restrittivo della concorrenza;

“II. Segue. Sul Capo n. 2 della sentenza (pp. 8 e ss.) sui motivi aggiunti, in particolare sul Capo n. 2.3 della sentenza (pp. 12-13).

Error in iudicando nonché erronea, illogica e contraddittoria motivazione, travisamento, in punto di violazione e falsa applicazione degli artt. 63 e 66 c.p.a. e violazione del contraddittorio, con specifico riguardo alle risultanze e agli esiti della verifica”: la doglianza attiene al requisito premiale in contestazione, che sarebbe sperequato rispetto al punteggio totale assegnabile all’offerta tecnica (70/100);

“III. Segue. Sul Capo n. 2 della sentenza (pp. 8 e ss.) sui motivi aggiunti, in particolare sul Capo n. 2.1 della sentenza (pp. 8-10).

Error in procedendo ed error in iudicando: omessa pronuncia, insufficiente, apparente, parziale, erronea e illogica motivazione in punto di violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 88, co. 2, lett. d) c.p.a., dell'art. 111, co. 6, Cost., con specifico riferimento ai chiarimenti resi in tema di equivalenza funzionale, al principio di autovincolo e al legittimo affidamento ingenerato": Pikdare contesta la sentenza, nella parte in cui non avrebbe analizzato correttamente gli esiti della verifica, da cui emergerebbe la funzionalità analoga degli aghi dell'appellante con soli 3 bevel rispetto a quelli aggiudicatari di BD con 5;

IV. Segue. Sul Capo n. 2 della sentenza (pp. 8 e ss.) sui motivi aggiunti, in particolare sul Capo n. 2.4 della sentenza (p. 13).

Error in iudicando nonché erronea, illogica e contraddittoria motivazione, travisamento, in ordine allo specifico profilo della dedotta anti concorrenzialità": la doglianza censura la decisione di *prime cure* per omessa pronuncia in merito ad un motivo di ricorso di primo grado, rimarcando la lesione del legittimo affidamento di Pikdare;

V. In subordine. Sul Capo n. 1 della sentenza (pp. 7-8), in particolare sul Capo n. 1.3 della sentenza (p. 8).

Error in procedendo ed error in iudicando: omessa pronuncia, insufficiente, apparente, parziale, erronea e illogica motivazione in punto di violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 88, co. 2, lett. d) c.p.a., dell'art. 111, co. 6, Cost., con specifico riferimento alla ulteriore domanda formulata di annullamento in parte qua della lex specialis e della procedura gravata, in relazione ai Lotti nn. 4 e 5, e al connesso interesse dedotto": Pikdare si duole dell'omessa pronuncia in merito alla domanda, proposta in via subordinata, di annullamento della procedura e sua integrale rinnovazione per i soli lotti 4 e 5.

3. La controinteressata BD e l'Aria si sono costituite in giudizio con atti depositati rispettivamente in data 23 giugno 2023 e 11 luglio 2023.

Le parti private hanno depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. il 28 luglio 2023 e Aria S.p.a appellata memoria di replica il 19 agosto 2023.

Pikdare e BD hanno depositato memorie di replica il 1° settembre 2021.

All'udienza pubblica del 14 settembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Pikdare ha impugnato, chiedendone la riforma, la sentenza del Tar Milano, Sezione II, n. 803/2023, di cui ha lamentato l'erroneità da diversi angoli prospettici, riconducibili, nel loro insieme, alla dedotta illegittimità dell'introduzione del requisito premiale (10 punti su 70 complessivamente attribuibili all'offerta tecnica), relativo al numero di sfaccettature (*bevel*) degli aghi da insulina offerti in gara, con conseguente indebita riduzione della platea dei potenziali operatori economici interessati alla fornitura.

Per tale motivo, i mezzi di censura possono essere esaminati congiuntamente, per ragioni di economia processuale.

Come correttamente rilevato dal Tar, la regola in contestazione della *lex specialis*, che disciplina le modalità di affidamento dell'appalto con procedura aperta per la conclusione di accordi quadro per la fornitura di dispositivi medici per pazienti diabetici, non aveva natura escludente, imponendo l'onere di immediata impugnazione del bando (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 26 aprile 2018, n. 4), ma soltanto premiale, tanto che la stessa Pikdare, che non aveva offerto gli strumenti con il requisito richiesto, ha ottenuto l'aggiudicazione dei lotti n. 3 e n. 6.

2. La sentenza resiste alle censure dedotte e merita conferma, secondo le considerazioni che seguono.

La tesi di fondo su cui fa leva l'appello di Pikdare risiede nella lamentata illegittimità della disposizione di gara, che prevede, limitando di fatto la concorrenza, l'attribuzione di dieci punti, sui settanta complessivamente assegnabili all'offerta tecnica, in funzione premiale dell'offerta dell'operatore economico che avesse indicato, per gli aghi per insulina, una sfaccettatura in più rispetto ai soli tre *bevel* richiesti come requisito minimo.

Non si tratta, come osservato, di un requisito di partecipazione, ma di un criterio di attribuzione di un punteggio (premile), come ben posto in

evidenza dal Tar, che ha anche escluso che la regola contestata provocasse un effetto distorsivo della concorrenza (motivi di appello n. 1 e n. 4), rimarcando che, a dispetto di quanto dedotto dalla ricorrente sul punto, la Pikdare si è aggiudicata i lotti n. 3 e n. 6, pur non potendo offrire che aghi con (sole) tre sfaccettature, *“mentre negli altri due lotti (numeri 4 e 5) si è classificata al secondo posto, con una distanza dalla prima classificata Becton inferiore a dieci punti (vale a dire quelli previsti per il criterio in contestazione)”*, considerando, inoltre, che *l’operatore Ypsomed Italia Srl, il cui ago ha addirittura sei “bevel” – quindi uno in più di quelli del prodotto di BD – non si è aggiudicata nessun lotto”*.

Osserva il Collegio che l’Amministrazione - pur essendo vincolata all’applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l’introduzione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n. 10932) - ben poteva adottare regole di gara che, nell’esercizio dell’ampia discrezionalità in materia, potessero garantire il perseguimento dell’obiettivo di fornire, nel caso in esame, dispositivi nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all’oggetto di gara (aghi da insulina, nella fattispecie), che siano al contempo efficaci e agevolmente sopportabili da parte dei pazienti (sui limiti all’inserimento di requisiti tecnico-professionali dell’impresa, cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 luglio 2023, n. 6826; Sezione V, 8 agosto 2023, n. 7649).

3. Né può ragionevolmente sostenersi che il seggio di gara abbia irregolarmente applicato la norma contestata da Pikdare, nell’ambito dell’esercizio del potere pubblico ad esso attribuito di valutare le offerte, tenendo conto che l’ambito del sindacato del giudice, pur essendo pieno, trova precisi limiti, secondo costante giurisprudenza, secondo cui:

“a) la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla commissione attraverso l’espressione di giudizi e l’attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere

detta valutazione insindacabile salvo che essa sia affetta da manifesta illogicità (manifesta illogicità che, nella vicenda qui all'esame, non si ravvisa in alcun modo);

b) il controllo del giudice è pieno, ossia tale da garantire piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte; è vero che egli non può agire al posto dell'amministrazione ma può sicuramente censurare la scelta chiaramente inattendibile, frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e annullare il provvedimento basato su di essa;

c) lo schema del ragionamento che il giudice è chiamato a svolgere sulle valutazioni tecniche può essere così descritto:

c1) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

c2) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo;

d) se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre aggiungere che l'accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

e) scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa; se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato;

f) in conclusione sul punto, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo; dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso

individuato (tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 20 dicembre 2022, n. 11091)” (ex multis, tra le tante, Consiglio di Stato, Sezione V, 24 agosto 2023, n. 7931).

Individuato così il perimetro entro cui è consentito al giudice amministrativo il sindacato in ordine alle censure attinenti alla fissazione e applicazione dei criteri per la valutazione delle offerte ed alla conseguente attribuzione dei punteggi, ritiene il Collegio che nel caso in esame, non emergano in rilievo i profili di illegittimità dedotti dall'appellante in ordine alla scelta operata dall'Amministrazione nella procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *de qua*, atteso che la stazione appaltante ha applicato regolarmente il criterio in contestazione, rispetto al quale appare ragionevole - nell'ambito della lata discrezionalità amministrativa di cui gode la stazione appaltante e nei limiti in cui tale scelta è sindacabile dal g.a. - la decisione di premiare con il sistema tabellare le offerte degli operatori economici, che fossero migliorative rispetto alle tre sfaccettature minime richieste, potendosi, così, garantire il rispetto del principio di cui all'articolo 32 della Costituzione ed il raggiungimento del fine di erogare cure adeguate e senza inutili fastidi e sofferenze ai pazienti a causa dell'iniezione quotidiana.

L'opzione dell'Amministrazione appellata, lungi dal costituire l'introduzione di una clausola escludente o, comunque, violativa del principio di concorrenza sul libero mercato, corrisponde all'esigenza di valorizzare in maniera proporzionata ed adeguata le offerte che aumentassero i livelli di *confort* per i fruitori del servizio da erogare e l'applicazione di tale criterio che ne ha fatto la stazione appaltante risulta immune dai vizi denunciati.

In ordine ai criteri di valutazione delle offerte da parte della P.A., la giurisprudenza ha stabilito che si tratta di “*espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico, e, come tale, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602; III, 2 maggio 2016, n. 1661; V, 18 giugno 2015, n. 3105)*”, considerato che “*che la causa della gara pubblica consiste nell'approvvigionare, mediante*

il più conveniente dei possibili contratti, l'amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nell'interesse generale, e non nel mero mettere a disposizione delle imprese interessate un'occasione di lavoro da modulare sulle loro preferenze organizzative (Cons. Stato, V, 27 ottobre 2022, n. 9249; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022, n. 1486; 20 aprile 2020, n. 2486).“ (Consiglio di Stato, Sezione V, 20 luglio 2023, n. 7111).

4. Sulla base delle considerazioni che precedono, la sentenza appellata è immune dai vizi denunciati anche in ordine alla valutazione delle risultanze della verifica disposta, con riguardo alla ritenuta equivalenza funzionale dei prodotti offerti da Pikdare.

Risulta corretto lo sviluppo motivazionale svolto dal Tar, che ha adeguatamente valorizzato come venga in considerazione non un requisito di partecipazione alla gara – la cui mancanza precluderebbe la presentazione di una offerta valida – bensì un requisito di carattere premiale, che concorre all'attribuzione del punteggio tecnico.

I primi giudici hanno adeguatamente motivato in ordine alle duplici censure centrali articolate dalla società appellante, che lamenta:

da un lato, che il requisito contestato non solo è irrazionale e discriminatorio, perché limita la platea dei concorrenti, ma si pone in contrasto con l'obiettivo prefissato negli atti di gara di *“garantire un'adeguata qualità dei dispositivi medici acquisiti, della soddisfazione di fabbisogni terapeutici specifici, della tutela della salute ex art. 32 della Costituzione”*;

dall'altro, che la commissione di gara avrebbe dovuto ritenere doveroso fare ricorso all'equivalenza funzionale, avvalendosi di tale facoltà concessa *ex lege* e ribadita dalla stessa stazione appaltante nei chiarimenti, anche alla luce della documentazione prodotta dall'interessata per dimostrare l'equivalenza dell'ago-penna offerto, caratterizzato dall'affilatura *soft sharpening* a 3 sfaccettature, che garantirebbe un miglioramento significativo nella somministrazione di insulina, riducendo la quantità di forza necessaria per penetrare i tessuti, perché la particolare triplice affilatura del dispositivo

consente di ottenere una geometria dell'ago ottimale per la riduzione dei punti di attrito e, di conseguenza, una minor forza di penetrazione.

La sentenza appellata si basa sulle conclusioni, valutate in chiave critica dai primi giudici, della verifica disposta, al fine di fornire risposta ai due quesiti posti:

- 1) se l'ago penna di Pikdare ha la stessa funzionalità dell'ago a cinque sfaccettature (vale a dire quello di BD) in termini di capacità di penetrazione e scorrimento ed in termini di dolore percepito;
- 2) se l'ago penna di Pikdare presenta una sostanziale conformità con le specifiche tecniche in quanto assicura la medesima prestazione dell'ago penna con sfaccettature > 3 , per cui può essere considerato equivalente.

Il Tar, preso atto che non esisterebbero studi clinici comparativi tra le due diverse tipologie di aghi penna, come ha ritenuto il verificatore, ha condiviso che può la soluzione a cinque aghi può *“ritenersi maggiormente performante in termini di capacità di penetrazione e scorrimento ed in termini di dolore percepito”*.

Quanto al quesito n. 2, il verificatore ha concluso che l'ago penna di Pikdare può rappresentare una soluzione di livello equivalente a fronte di un angolo di taglio principale di $7,5^\circ$ in luogo dei tradizionali 11° .

Il Tar ha correttamente stabilito che *“nel caso di specie Aria Spa ha previsto, per le caratteristiche tecniche dell'ago, l'assegnazione di complessivi 35 punti, di cui 10 relativi al numero di sfaccettature e 25 concernenti invece l'affilatura della punta (cfr. ancora il doc. 21 della ricorrente)”* e che *“i due requisiti non possono essere confusi; le sfaccettature attengono alla geometria della punta, mentre l'affilatura si collega ad una pluralità di operazioni tecniche, quali la levigatura, la lubrificazione e la saldatura laser”*, rinviando *per relationem*, alla consulenza tecnica di parte del Prof. Romano dell'Università Federico II di Napoli prodotta da BD.

Il Tribunale territoriale ha affermato che *“la risposta al quesito n. 2 pare dare luogo ad una contraddizione con quanto in precedenza affermato dallo stesso verificatore, in quanto l'ing. Basilisco sembra sostenere invece l'equivalenza fra i due prodotti?”* ed ha condivisibilmente risolto l'apparente antinomia, stabilendo che *“nella risposta al*

quesito n. 2 manca ogni riferimento a studi scientifici ma il richiamo è soltanto all'angolazione (7,5 anziché 11 gradi) e la risposta sull'asserita equivalenza, giova ancora ribadirlo, è tutto sommato dubitativa” e che “dall’esame delle relazioni tecniche di parte (cfr. il doc. 16 ed il doc. 17 di Becton) risulta che diversi articoli pubblicati su riviste scientifiche evidenziano le migliori prestazioni degli aghi a cinque “bevel” rispetto a quelli con tre sfaccettature, mentre Pikdare richiama essenzialmente il c.d. studio Picasso del 2019 quale supporto alla tesi dell’equivalenza dei prodotti (cfr. il doc. 9 della ricorrente per la copia di tale studio, poi ancora depositato dalla stessa ricorrente quale documento 37e e 37f).

Il Tar non ha mancato di sottolineare che *“tale ultimo studio, peraltro, risulta redatto da dipendenti e collaboratori della stessa Pikdare, il che solleva oggettivi dubbi sulla sua rilevanza (cfr. ancora il doc. 8 di BD, pagine 33 e seguenti, il doc. 13 ed il doc. 16 di BD)”*, mettendo, comparativamente, in rilievo *“che anche la Società Italiana Metabolismo, Diabete, Obesità (Simdo), nel suo rapporto del 2021 sulla qualità dei dispositivi per la somministrazione dell’insulina, evidenzia che il passaggio da tre a cinque piani della punta dell’ago costituisce un perfezionamento del prodotto (cfr. il doc. 7 di BD, pag. 9).”*

Nella prospettiva delineata, non può essere accolta la censura dell’appellante, che lamenta la mancata valorizzazione di ulteriori elementi caratterizzanti la propria offerta (inclinazione e angolo dei taglienti di 7.5°, rispetto ai tradizionali 11°, qualità del processo di affilatura e lubrificazione, lunghezza della parte affilata, angolo di entrata, sistema di lubrificazione), che avrebbe consentito l’espressione di un giudizio di equivalenza funzionale, ammesso esplicitamente dalla *lex specialis* e ribadito dalla stazione appaltante con i chiarimenti resi, considerato che, dalle risultanze della verifica eseguita in primo grado, gli studi maggiormente attendibili non consentono di predicare una sostanziale equivalenza del prodotto offerto da Pikdare.

Si deve, dunque, escludere che comporti un’illegittima, irragionevole e discriminatoria restrizione della concorrenza - tanto che la stessa appellante si è vista aggiudicare altri lotti senza la proposta di aghi con più sfaccettature

oltre le tre - la scelta dell'Amministrazione di riconoscere un valore premiale alle offerte che contenessero la proposta di aghi con un numero di *bevel* maggiore di tre, che, pure, deve essere valutato nel complesso della proposta formulata dall'operatore economico.

In conclusione, ritiene il Collegio che il primo giudice abbia fatto buon governo delle regole applicabili alla fattispecie in esame, perché le risultanze della verifica disposta hanno consentito l'emersione della maggiore attendibilità e coerenza degli studi che sostengono la prevalenza sul piano funzionale degli aghi con *bevel* maggiori di tre.

A ciò si aggiunga che le Linee Guida della Società di Diabetologia – SID del luglio 2019 si riferiscono alla forza di penetrazione, di inserimento e di estrazione, in relazione alle quali viene in rilievo il numero di sfaccettature (geometria della punta), rispetto al diverso profilo dell'affilatura dell'ago (levigatura, lubrificazione e saldatura) e, da questo angolo prospettico, non è irragionevole assegnare 10 punti all'offerta con più di tre *bevel*.

In un ambito in cui non è possibile raggiungere una certezza scientifica assoluta, osserva il Collegio che gli accorgimenti che ha introdotto la società appellante per ridurre il fastidio o il dolore dell'iniezione con aghi a tre sfaccettature non costituiscono, secondo la valutazione del verificatore e la sentenza appellata, una soluzione che consenta di ritenere equivalente sul piano tecnico un'offerta siffatta rispetto a quella dell'aggiudicataria.

In questa prospettiva, perde di consistenza anche l'altra censura dedotta dall'appellante, secondo cui il Tar avrebbe trascurato di valutare l'equivalenza funzionale, considerato che, non disponendo di competenze tecniche specifiche, il giudice si è affidato al verificatore che, con argomentazioni ragionevoli e convincenti, ha escluso che la presenza di meno di tre *bevel* potesse essere compensata da altri accorgimenti tecnici dell'offerta Pikdare.

Non sussistono, conseguentemente, i presupposti per disporre l'annullamento della di gara, cui l'appellante ambisce in via gradata, facendo valere l'interesse strumentale alla ripetizione dell'intera procedura di evidenza pubblica, poiché

la scelta dell'Amministrazione di privilegiare un numero di sfaccettature maggiore di tre non è incoerente con l'impianto complessivo della *lex specialis*, che non ne risulta inficiata.

La sentenza merita, dunque, integrale conferma, anche con riferimento al quinto mezzo di gravame, con il quale l'appellante lamenta che il Tar non si sarebbe pronunciato sulla richiesta di annullamento dell'intera procedura di gara, con conseguente necessità di una sua complessiva riedizione.

Ritiene il Collegio che proprio l'infondatezza dei motivi fin qui esaminati porta anche alla reiezione del motivo volto alla reiterazione della intera gara, atteso che, nel complesso, la *lex specialis* e l'applicazione che ne ha fatto la stazione appaltante non sono affette dai vizi denunciati.

Va precisato che la presente decisione è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 5 gennaio 2015, n. 5 nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021 n. 6209, 13 settembre 2022 n. 7949 e 18 luglio 2016 n. 3176).

La complessità della vicenda contenziosa consente di disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio nei confronti delle parti costituite; nulla per le spese nei confronti della Ypsomed Italia S.r.l., non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione terza), definitivamente pronunciando sull'appello /n.r.g. 4546/2023) come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate nei confronti delle parti costituite; nulla per le spese nei confronti della Ypsomed Italia S.r.l..

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2023, con l'intervento dei magistrati:

Giulia Ferrari, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Di Raimondo

IL PRESIDENTE
Giulia Ferrari

IL SEGRETARIO