Pubblicato il 15/02/2021
N. 01322/2021REG.PROV.COLL.
N. 06409/2020 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 6409 del 2020, proposto da Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
contro
Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio De Bellis", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Valla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Giovanni Paolo II" – Istituto Tumori Bari, non costituito;
nei confronti
Abbott S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, in Roma via delle Quattro Fontane n. 20 – *appellante incidentale*;
Roche Diagnostics s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del medesimo difensore in Roma, via di Ripetta n. 142 – *appellante incidentale*;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00950/2020,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico "Saverio De Bellis";
Visti gli di costituzione in giudizio ed i ricorsi incidentali proposti da Roche Diagnostics s.p.a. e da Abbott s.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2021, svolta in modalità da remoto, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO
1. Con il mezzo qui in rilievo l'appellante principale (Siemens) chiede la riforma, previa sospensione della sua esecutività, della sentenza del TAR per la Puglia, sede di Bari, Sez. II, n. 950/2020, pubblicata in data 2 luglio 2020, non notificata e pronunciata in relazione ai ricorsi n. RG 1458/2019 e 1460/2019, entrambi aventi ad oggetto gli esiti della gara, per il lotto n. 11, indetta con procedura telematica aperta, in unione di acquisto tra l'I.R.C.C.S. de Bellis e l'I.R.C.C.S. "Giovanni Paolo II", e relativa alla fornitura in service di sistemi analitici completi per l'esecuzione di esami diagnostici, per la durata di 60 mesi.
1.1. La scheda tecnica per il lotto 11 conteneva le caratteristiche minimali dei sistemi richiesti ed i criteri di valutazione delle offerte, specificando i dispositivi oggetto di fornitura e ponendo, a pena di esclusione, una soglia di ammissione rappresentata da un numero di test pari ad almeno il 90% di quelli obbligatori richiesti, applicando in mancanza la clausola cd. di riempimento.
All'esito delle operazioni di gara, Siemens si classificava prima, con un punteggio complessivo pari a 100 (70 per l'offerta tecnica e 30 per il prezzo), seguita da Abbott, con un punteggio di 99,10 (69,83 per l'offerta tecnica e 29,27 per il prezzo) e Roche, quest'ultima con un punteggio di 91,85 (64,78 per la parte tecnica e 27,07 per il prezzo).
1.2. Con un primo ricorso, n. 1458 del 2019, la società Abbott srl, seconda graduata, impugnava l'aggiudicazione a Siemens Healthcare s.r.l, lamentando la mancata esclusione dell'offerta Siemens.
1.3. Il ricorso n. 1460 del 2019 veniva, invece, proposto da Roche, terza classificata, che rivendicava, per il medesimo lotto qui in rilievo, l'esclusione delle prime due graduate (Siemens ed Abbott) ovvero l'illegittimità dei punteggi assegnati dal seggio di gara.
1.4. In entrambi i giudizi Siemens spiegava ricorso incidentale sia per contestare, a sua volta, la mancata esclusione dei ricorrenti principali sia per impugnare, a titolo cautelativo, i verbali di gara ed un chiarimento reso dalla stazione appaltante che avrebbero dovuto, in via di tesi, giustificare le tesi delle controparti secondo cui i test obbligatori prescritti dalla legge di gara, e sulla base dei quali avrebbe dovuto essere calcolata la soglia di ammissibilità, erano 109 e non 110.
1.3. Anche la società Abbott presentava ricorso incidentale nel procedimento promosso da Roche onde far accertare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura espulsiva.

2. Con la sentenza qui appellata, il TAR ha definito i due ricorsi, previa loro riunione ed estromissione dal giudizio della Regione Puglia chiamata in giudizio da Abbott, ed ha adottato le seguenti statuizioni:
i) ha accolto il ricorso presentato da Abbott n. 1458/2019 e parimenti accolto il ricorso incidentale proposto da Siemens in tale ricorso;
ii) ha dichiarato improcedibile il ricorso della terza classificata Roche n. 1460/2019, rigettando i ricorsi incidentali ivi acclusi, proposti da Siemens ed Abbott;
iii) ha conseguentemente disposto che residuerebbe "*in capo all'Amministrazione ogni altra determinazione circa l'esito della gara svolta volto a rintracciare, nell'esercizio della discrezionalità che gli è propria, se vi sia un'offerta che possa esser ritenuta valida, oppure se vada rinnovata l'intera gara*".
2.1. In particolare, il giudice di prime cure, in accoglimento del ricorso Abbot, ha ritenuto che Siemens dovesse essere esclusa perché non aveva prodotto il *data sheet* del reattivo/analita occorrente per l'esecuzione del test diagnostico dell'Alpha 2-Macroglubulina. Tale omissione avrebbe dovuto impedire la computabilità di tale test tra quelli offerti, il che avrebbe altresì comportato il mancato raggiungimento da parte dell'odierna appellante della percentuale minima del 90% dei test obbligatori.
2.2. Al contempo, in accoglimento del ricorso incidentale di Siemens, il TAR ha ritenuto che anche Abbott dovesse essere esclusa perché la sua offerta si fonda sulla combinazione di due sistemi analitici tra loro differenti per tipologia (sistemi Alinity ed Architect); in tal modo però, oltre a duplicarsi il punto di accesso, verrebbe ridotta la produttività minima analitica, per i moduli di immunometria, in quanto gli analizzatori aggiuntivi Architect avrebbero una produttività oraria di 100 test ciascuno, quindi inferiore al dato di 300 test/ora complessivi richiesto dalla *lex di gara*.
3. Avverso la suindicata sentenza l'appellante principale, Siemens, ha articolato le seguenti censure:
a) il primo gruppo di doglianze involgono il capo della decisione recante l'accoglimento del ricorso proposto dalla Abbott s.r.l. e fondato sul rilievo che, contrariamente a quanto ha affermato dal TAR, il *data sheet* non rappresentava, nella prospettiva della stazione appaltante, l'unico documento tecnico necessario e sufficiente per comprendere l'idoneità della strumentazione e dei prodotti offerti, dal momento che il disciplinare, nell'elenco dei documenti da inserire nella busta tecnica, aveva indicato, di seguito al *data sheet*, alla relazione tecnica ed all'offerta muta, anche "*ogni breve documentazione (solo estratti di dimensione non superiore a 10 pagine) ritenuta utile dall'operatore economico a dimostrare la conformità della strumentazione offerta alle specifiche minime e la presenza delle caratteristiche migliorative, meritevoli di attribuzione di punteggio*". Siemens avrebbe, invero, messo a disposizione della commissione la dichiarazione di conformità CE/IVD del reattivo in argomento, vale a dire un documento perfettamente in grado di attestare, più dello stesso *data sheet*, l'idoneità del reattivo offerto allo scopo diagnostico per il quale esso era stato specificatamente progettato e, di conseguenza, la computabilità del medesimo nel novero dei test offerti per la gara, ai fini del raggiungimento della soglia minima del 90%;
b) l'appellante principale Siemens attrae, inoltre, nel fuoco della contestazione anche le statuizioni del giudice di prime cure sul ricorso incidentale proposto da Siemens nel procedimento instaurato da Abbott. Segnatamente, deduce che:
- è stato omesso l'esame del terzo motivo del ricorso incidentale (quello contrassegnato alla lettera A.3), con il quale rivendicava l'esclusione di Abbott s.r.l. per aver indicato, in violazione dell'articolo 80 comma 5, lettera c) ed f bis) del d. lgs 50/2016, nella propria offerta dati non veritieri: Abbott avrebbe reso una dichiarazione sulla produttività del sistema Pathfinder 900 plus quantificandola in 1.000 provette primarie/ora con l'utilizzo del doppio decapper" nonostante le schede tecniche riportino un dato inferiore, ossia pari a 850 provette. Oltretutto, in forza della mancata indicazione del dato numerico corretto, Abbott avrebbe conseguito, per il criterio in considerazione, un punteggio più elevato rispetto a quello che avrebbe dovuto ottenere;
- quanto, invece, al secondo e l'ultimo gruppo di mezzi incidentali di primo grado (contrassegnati alle lettere A.2 B.1 e B.2), ha, invece, eccepito che, essendo stati tali mezzi proposti condizionatamente e subordinatamente all'accoglimento dei motivi proposti da Abbott, il TAR avrebbe dovuto dichiararli improcedibili per carenza di interesse, una volta ritenuti infondati i corrispondenti motivi proposti dalla ricorrente principale. I suddetti motivi, speculari a quelli di Abbott, vengono qui riproposti nell'ipotesi che Abbott proponga appello avverso il relativo capo di sentenza e vanno così sintetizzati:
1) due controlli e un calibratore a marchio Sentinel (e quindi di un produttore terzo) indicati da Abbott non sono validati sulla strumentazione offerta: nello specifico, si tratta del "Clin Chem Control 1" (codice 16150), "Clin Chem Control 2" (codice 16250), e "Clin Chem Cal" (codice 16550);
2) la metodica dell'Alfa 2 Macroglobulina di produttore terzo (DiAgam) non risulta essere validata sulla strumentazione Architect ci4100 ma solo sugli analizzatori Architect c8000/c16000, che non sono però offerti in questa gara;
3) sarebbero illegittimi, da un lato, i verbali di gara, e segnatamente quello del 3 settembre 2019, nel quale la commissione ha precisato che gli analiti obbligatori richiesti fossero 109 e quelli offerti da Siemens pari a 98, e dall'altro, il chiarimento n. 9 reso dalla stazione appaltante laddove inteso nel senso di aver ridotto a 109 i predetti analiti obbligatori;
c) infine, l'appellante principale, Siemens, ha censurato anche il capo della sentenza che ha respinto il ricorso incidentale Siemens proposto nel procedimento incardinato da Roche, terza graduata, all'uopo deducendo che la decisione sarebbe erronea nella parte in cui non ha rilevato l'indispensabilità, alla stregua del capitolato e della disciplina di settore, della certificazione CE IVD, al fine di garantire la conformità del prodotto a determinati standard e requisiti.

E tra i prodotti cui va riferita la detta prescrizione dovrebbero essere annoverati sia i reagenti che il materiale destinato ai controlli ed alle calibrazioni. Di contro, esaminando l'offerta Roche è emerso che in relazione ai controlli per il test *G6PDH* ed al calibratore *Urine Protein Multicalibrator*, prodotti da impresa terza (Randox, i controlli e Dasit, il calibratore), non sono state prodotte né le metodiche, né le dichiarazioni di conformità CE IVD;
- per quanto concerne, invece, gli altri mezzi incidentali (il secondo ed il terzo motivo), siccome proposti condizionatamente all'accoglimento del primo motivo del ricorso di Roche, come già eccepito con riferimento al ricorso n. 1458/2020, il TAR avrebbe dovuto dichiararli improcedibili. I suddetti motivi vengono parimenti riproposti per l'ipotesi che Roche spieghi appello avverso il relativo capo di sentenza di guisa che sarebbero illegittimi, da un lato, i verbali di gara, e segnatamente quello del 3 settembre 2019, nel quale la commissione ha precisato che gli analiti obbligatori richiesti fossero 109 e quelli offerti da Siemens pari a 98, e dall'altro, il chiarimento n. 9 reso dalla stazione appaltante laddove fosse inteso nel senso di aver ridotto a 109 i predetti analiti obbligatori;
d) andrebbe rivista, altresì, l'equivalenza assegnata dal giudice di primo grado ai reciproci ricorsi escludenti: Abbott, una volta legittimamente esclusa, si porrebbe al pari di in offerente escluso da un provvedimento definitivo dell'Amministrazione, il quale non potrebbe più essere considerato «offerente interessato» ai sensi dell'art. 2 bis della direttiva "ricorsi" (2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio - 11 dicembre 2007).
4. Avverso la medesima sentenza ha proposto appello incidentale autonomo Abbott s.r.l., articolando le seguenti censure:
a) Abbott sottopone a rilievi critici anzitutto i capi della decisione riferita al ricorso n. 1458/19, muovendo, anzitutto, da quello che ha accolto il ricorso incidentale di Siemens e volto a conseguire l'esclusione di Abbott dalla gara.
Sul punto, Abbott lamenta un travisamento delle prescrizioni della legge di gara che, nella scheda tecnica, alla lett. C) (sub "Sistema Corelab") poneva il seguente requisito di minima: "*Produttività oraria complessiva delle strumentazioni non inferiore a 800 test/ora per analisi fotometriche, escluso ISE (due strumenti) e non inferiore a 300 test/ora per le analisi immunometriche (due strumenti) di guisa che la produttività oraria richiesta era "complessiva*", ossia ottenuta considerando due strumenti e non il singolo, come erroneamente valutato dal TAR. Ed infatti, per ogni presidio, Abbott ha proposto due strumenti principali Alinity CI con una produttività oraria complessiva di 1.800 test/ora per analisi fotometriche (escluso ISE) e di 400 test/ora per le analisi immunometriche. Inoltre, al solo fine di completare il pannello degli analiti richiesti in gara, sono stati forniti due analizzatori aggiuntivi equivalenti ad Alinity, con una produttività di 800test/ora e 200 test/ora per le analisi immonumetriche. La proposta Abbott avrebbe, dunque, una produttività oraria complessiva addirittura pari a 2.600 test/ora per le analisi fotometriche (escluso ISE) e 600 test/ora per le analisi immunometriche.
Anche con riferimento all'unico punto di accesso per i campioni, Abbott sottolinea che tale requisito, al contrario di quanto statuito apoditticamente dal TAR, sarebbe pienamente rispettato. Il sistema offerto da Abbott risponderebbe al requisito in quanto i campioni, come da capitolato, vengono caricati per eseguire esami di chimica clinica e di immunometria in un unico punto di accesso che si troverà su Alinity oppure su Architect, in base alla tipologia di test richiesti;
b) Abbott censura, poi, la sentenza nella parte in cui ha respinto il I, il II e il IV motivo del ricorso r.g. 1458/19. A tal riguardo:
- ribadisce che Siemens avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver offerto 98 test su 109 obbligatori, e quindi una percentuale pari all'89,90%, inferiore al 90% dei test richiesti, a pena di esclusione, dalla scheda tecnica del lotto 11 e dall'art. 44 del disciplinare, rimarcando che il TAR non ha annullato né il verbale della commissione né i chiarimenti del RUP, con i quali si era chiarito che le due voci ALP AMP Fosf. Alc. e ALP Fosfatasi Alcalina dovessero intendersi un unico parametro e, pertanto, il corrispondente test necessariamente unico. Né potrebbe essere condivisa la tesi del TAR per la quale, nell'ipotesi in cui il numero di test da considerare obbligatori fosse 109, la percentuale dell'89,9% andrebbe arrotondata per eccesso all'unità superiore;
- Siemens, per un diverso profilo, non avrebbe comunque rispettato la percentuale del 90% dei test da offrire a pena di esclusione, posto che per 10 dei test offerti, prodotti da impresa terza, non è stata comprovata la "*combinazione sicura e appropriata*" sui sistemi ATELLICA, non avendo Siemens prodotto in gara le necessarie certificazioni CE IVD, di talché i test da considerare effettivamente offerti da Siemens sarebbero 88 e non 98 come dichiarato, con ulteriore abbassamento della percentuale minima di test offerti in gara. Infatti, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'art. 2 del Capitolato estendeva le prescrizioni di conformità anche ai reagenti ed in tal senso si pronunciavano anche i chiarimenti. Poiché i reagenti, per loro stessa natura, devono essere utilizzati in combinazione con la strumentazione diagnostica, ne deriva che tale utilizzo combinato, alla stregua della disciplina di settore, avrebbe dovuto essere "validato" e, a tal fine, le relative IFU avrebbero dovuto riportare le "caratteristiche particolareggiate" necessarie per l'installazione della metodica sulla specifica strumentazione da utilizzare in modo da "ottenere una combinazione sicura ed appropriata", senza che si possa rinviare tale verifica al momento del collaudo;
- mancanza, nell'offerta tecnica di Siemens, dei deionizzatori, strumenti indispensabili e richiesti dalla Scheda Tecnica Lotto 11 (contenente i requisiti di minima) per il corretto funzionamento del sistema. Erroneamente il TAR avrebbe ritenuto che non fosse necessaria una specifica quotazione dei deionizzatori in offerta, impropriamente valorizzando il chiarimento n. 15 del 25/6/18 sulla premessa che tutta la strumentazione accessoria dovesse intendersi ricompresa nella fornitura, inclusi i contestati deionizzatori. Ritiene Abbott che il chiarimento riguarderebbe solo l'offerta economica, ma sarebbe insuscettibile di sanare la mancata inclusione di documentazione concernente i deionizzatori nella busta tecnica di Siemens;

c) Abbott censura, poi, la sentenza nella parte in cui ha respinto le censure formulate da Abbott nel giudizio r.g. 1460/19 a mezzo del ricorso incidentale avverso Roche, la cui offerta avrebbe dovuto essere esclusa. E, invero, in base alla normativa di gara, ogni prodotto avrebbe dovuto possedere idonea certificazione CE IVD, al fine di garantire la conformità del prodotto stesso agli standard e requisiti prescritti a livello normativo. Inoltre, il disciplinare, alla p. 41, nella sezione relativa alla "Busta documentazione tecnica" prevedeva l'obbligo di "inserire a pena di esclusione e quindi di mancato prosieguo i documenti di seguito indicati": 1) *datasheet* della strumentazione e dei prodotti offerti […]". Dall'esame dell'offerta di Roche sarebbe, invece, emerso che, in violazione a quanto previsto dalle citate disposizioni di *lex specialis*, non sono stati prodotti né i *data sheet* né le dichiarazioni CE di conformità dei prodotti offerti, tra cui i controlli per il test *G6PDH* ed il calibratore *Urine Protein Multicalibrator*, prodotti da impresa terza. Inoltre, Roche non avrebbe prodotto le schede tecniche relative a parti che valgono come accessori alla strumentazione principale (HP LASER PRINTER P2035, NETGEAR PROSAFE SWITCH, PERSONAL COMPUTER HP RP5810, PRINTER BARCODE GK420T, SCANNER BARCODE MK7820 FOR PSM/CITM). Il TAR ha ritenuto che la stessa identica carenza nell'offerta tecnica di Roche, sol perché riferita a prodotti diversi dal reagente, non dovesse essere sanzionata con l'esclusione della gara, sulla base di un chiarimento che Abbott ha espressamente impugnato. Tanto più che la carenza della documentazione tecnica non sarebbe riferibile ai soli prodotti ricadenti nella categoria di consumabili, calibratori e controlli (per i quali l'IRCCS aveva illegittimamente autorizzato l'esenzione dalla produzione del *data sheet* nel chiarimento), ma includono anche strumenti accessori prodotti da terze parti (HP LASER PRINTER P2035, NETGEAR PROSAFE SWITCH, PERSONAL COMPUTER HP RP5810, PRINTER BARCODE GK420T, SCANNER BARCODE MK7820 FOR PSM/CITM), rispetto ai quali il chiarimento non rileva, rimanendo in ogni caso confermato l'onere di allegare sia la dichiarazione CE sia le schede tecniche, che, nella specie, sono entrambe carenti.
Abbott, al fine di rispondere al IV motivo del ricorso principale di Roche, aveva censurato l'incongruità dei kit offerti da quest'ultima. Tanto sulla scorta di una compiuta e articolata censura, che viene qui riprodotta e che impinge nella mancata considerazione quanto al numero dei prodotti offerti delle modalità di conservazione per la determinazione del relativo periodo di stabilità, prevedendo i prodotti di Roche modalità di conservazione solo a bordo dell'analizzatore (senza poter interrompere il relativo periodo conservandoli separatamente in frigo). Inoltre, per alcuni Kit sarebbero carenti le informazioni fornite quanto a modalità di conservazione e tempi di stabilizzazione.
Infine, rispetto alle rivendicazioni di Roche sul punteggio assegnato, se da un lato è vero che la Commissione ha errato nel prendere a parametro le 1000 provette/ora ed effettivamente, come indicato da Roche, avrebbe dovuto prendere il dato di 850 provette/ora, è anche vero che il medesimo errore sarebbe stato commesso dalla Commissione nei riguardi della valutazione dell'offerta di Roche ed il corrispondente punteggio per Abbott si sarebbe addirittura incrementato.
5. Anche Roche ha proposto appello incidentale autonomo, all'uopo deducendo quanto di seguito riportato in via di sintesi:
A) rispetto all'offerta Siemens:
A1) il TAR non avrebbe considerato che Siemens, in violazione della legge di gara e della disciplina di settore, ha offerto i seguenti test con reagenti di un soggetto terzo, la ditta Sentinel: CK MB ; Dibucaine CHE liquid; Kappa light Chain; Lambda light Chain; Alpha 2 macroglobulina; Ceruloplasmin; G6P-DH, allegando una dichiarazione di marcatura CE generica, che non certifica i predetti reagenti con specifico riferimento all'analizzatore di Siemens offerto in gara (Atellica CH 930). Tanto riguarderebbe ben 11 test offerti rispetto ai quali Siemens ha offerto reagenti della ditta Randox di guisa che, sommati a quelli dichiaratamente carenti, l'offerta Siemens non raggiungerebbe la soglia minima richiesta del 90 % coprendo solo il 79,81 % degli analiti;
A2) la decisione di prime cure sarebbe, comunque, erronea in quanto, come accertato nel verbale della Commissione del 3 settembre 2019, mai annullato dal TAR, Siemens avrebbe fornito 98 analiti e non 99. Ne discende, dunque, il mancato raggiungimento da parte di Siemens della percentuale minima richiesta dalla legge di gara, attestandosi sull'89,9%, e in alcun modo la legge di gara consentirebbe di procedere all'arrotondamento cui fa riferimento il TAR;
A3) l'offerta di Siemens sarebbe, altresì, sottostimata rispetto alle prescrizioni capitolari. Tanto è a dirsi rispetto ai seguenti test CK MB mass, nonché tenendo conto anche della stabilità del reagente offerto, Mioglobina, NT proBNP, DHEAS, LH, FSH, Progesterone, Beta HCG Totale, Prolatina, Testosterone. Il TAR nemmeno si sarebbe pronunciato sulla relativa censura, travisandone i contenuti;
B) rispetto all'offerta Abbott, le cui censure sono state illegittimamente assorbite dal TAR e di seguito riproposte:
B1) l'offerta Abbott violerebbe la legge di gara nella parte in cui prescriveva la fornitura di un sistema CORELAB automatizzato che prevedeva la presenza di "a) n. 2 analizzatori automatici identici di chimica clinica; b) n. 2 analizzatori identici di immunometria" (pag. 1 scheda tecnica lotto 11,) per l'IRCCS De Bellis ed un ulteriore sistema CORELAB avente le medesime caratteristiche per l'IRCCS Giovanni Paolo II. Tra le caratteristiche di minima erano richiesti un "unico punto di accesso dei campioni con identificazione positiva degli stessi attraverso lettura del codice a barre (check-in)" ed "almeno 90 metodiche in linea fotometriche, escluso ISE (due strumenti) e 50 immunometriche (due strumenti) complessive", nonché una "produttività oraria complessiva delle strumentazioni non inferiore a 800 test/ora per analisi fotometriche, escluso ISE (due strumenti) e non inferiore a 300 test/ora per le analisi immunometriche (due strumenti)".
Di contro, Abbott si sarebbe avvalsa di un chiarimento reso dalla stazione appaltante, pubblicato 9 gg prima della gara, che ha previsto la possibilità di "completare il pannello degli esami richiesti, non disponibili sul sistema integrato principale, con strumentazione aggiuntiva che dovrà comunque essere collegata al middleware e/o al LIS, fermo restando che la valutazione tecnica sarà effettuata esclusivamente sul sistema principale richiesto in gara". Solo la

suddetta irrituale modifica della legge di gara avrebbe consentito ad Abbott di offrire, oltre ai due sistemi analitici integrati Alinity CI (uno back up dell'altro), due ulteriori sistemi analitici Architet ci4100: sui due strumenti principali Alinity CI verrebbero eseguiti solo 81 test dei 109 obbligatori richiesti, pari al 74,31% del totale, mentre sulle due piattaforme Ausiliare Architect ci 4100 verrebbero processati 20 test dei 109 obbligatori richiesti, potendo solo in tal modo Abbott superare la percentuale del 90% prevista in gara.
In tal modo, però sarebbero stati offerti analizzatori non identici tra loro, inoltre per la parte immunometrica i due analizzatori Architect i1000 permetterebbero una potenzialità di 200 test all'ora (100 test ora per ogni analizzatore i1000), non rispondendo conseguentemente al requisito di minima di almeno 300 test ora e non rispettando il requisito di un unico punto di accesso dei campioni.
In subordine, Roche chiede l'annullamento dell'intera procedura di gara, stante l'illegittima modifica della *lex specialis* disposta mediante il quesito PI133411-18;
B2) l'offerta di Abbott sarebbe, altresì, sottostimata rispetto alle prescrizioni capitolari. Tanto è a dirsi rispetto ai Marcatori cardiaci, Test Mioglobina, Test Beta HCG Totale; Estradiolo; PSA Libero; SCC; Pro GRP; Procalcitonina. Il TAR nemmeno si sarebbe pronunciato sulla relativa censura, travisandone i contenuti;
B3) Abbott, con riferimento alla preanalitica, oltre ad indicare il modello PathFinder 900 plus, avrebbe offerto il modulo opzionale aggiuntivo di decappatura e il modulo opzionale LVD senza però indicarli nell'offerta economica, che deve invece necessariamente comprendere tutti i dispositivi ed i materiali per l'esecuzione della fornitura;
C) in subordine, Roche contesta i punteggi assegnati essendo la valutazione della commissione inficiata da vizi di palese illogicità ed irragionevolezza con la conseguenza che a Roche avrebbe dovuto essere offerto il punteggio più altro:
- rispetto al criterio premiante "*produttività in stappatura e ordinamento delle provette primarie superiore al requisito di minima*", la commissione avrebbe considerato 1200 tubi l'ora quale produttività massima del sistema Path Finder 900 Plus a fronte di una dichiarazione della stessa Abbott che dichiara 1000 tubi ora, con conseguente assegnazione di 2,85 punti, invece di 3,43. Inoltre, e sempre per il profilo qui in rilievo, la commissione non avrebbe calcolato l'incidenza del modulo opzionale LVD, che conferisce la capacità di misurare il volume di campione in una provetta, ma allo stesso tempo provoca un impatto sul rendimento del sistema Pathfinder tale da ridurre la produttività in stappatura e ordinamento a 850 provette/ora, con conseguente assegnazione di 2,42 punti, invece di 3,43 come calcolato dalla commissione di gara;
- rispetto al criterio premiante concernente la "*possibilità di valutare automaticamente le anomalie che pregiudichino la qualità dei campioni*", mentre sarebbe giustificato il riconoscimento a Roche del punteggio di 4 punti dal momento che il sistema Cobas attraverso la fotocamera QS I è in grado di valutare la qualità dei campioni suddividendo gli stessi in cinque classi: Normali, Emolitici Bassi, Emolitici Alti, Lipemici ed Itterici, non sarebbe dato conoscere quali siano le caratteristiche tecniche alternative offerte dai sistemi preanalitici Aqua 8000 della ditta Siemens e Pathfinder della ditta Abbott che hanno indotto la Commissione ad attribuire 3 punti a dette offerte;
- rispetto al criterio qualitativo n. 16 "*Troponina I o T ad alta sensibilità (secondo le linee guida ESC e successive raccomandazioni IFCC Atene 2017)*" la Commissione avrebbe assegnato all'offerta Roche 0 punti perché, come successivamente chiarito, il prodotto offerto –Elecsys Troponina Ths – pur essendo ad alta sensibilità, comunque, non può ritenersi conforme a quanto richiesto dal sub-criterio premiante neppure per equivalenza, in quanto lo stesso non permette di produrre un referto i cui valori di riferimento siano distinti per genere, come dalle citate raccomandazioni IFCC n. 5".
Di contro, secondo Roche, tale aggiuntivo requisito, di cui alle successive Raccomandazioni (alla n° 5) del documento IFCC, che peraltro in alcun modo impatterebbe sulla classificazione della Troponina come ad alta sensibilità, non era esplicitamente richiesta dal capitolato con la conseguenza che la commissione avrebbe del tutto illegittimamente integrato in fase di valutazione il requisito per come definito dalla *lex specialis* di gara;
- rispetto al parametro qualitativo n. 18, "*Risoluzione di guasti strumentali in tempo reale attraverso dispositivi informatici evoluti"* la commissione ha assegnato 0 punti all'offerta Roche, sebbene questa metta a disposizione del personale tecnico e applicativo del RCSC (Regional Customer Support Center) due servizi, ovvero Axeda ed elab Performance, in grado di garantire connettività e monitoraggio continuo dei sistemi installati pressi i clienti.
5.1. All'udienza camerale del 10.9.2020 la trattazione dell'istanza cautelare è stata abbinata al merito.
5.2. All'odierna udienza i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.
6. L'appello principale di Siemens è infondato e, pertanto, va respinto. Analoga sorte spetta all'appello incidentale autonomo di Abbott, mentre l'appello incidentale di Roche va accolto nei termini di seguito indicati.
6.1. Tanto premesso, ed in prospettiva metodologica, occorre prendere abbrivio dall'ultimo motivo di gravame con il quale Siemens, appellante principale, contesta, *in apicibus*, l'ordine seguito dal giudice di prime cure nella trattazione dei ricorsi, principale ed incidentale, rispettivamente proposti in prime cure da Abbott e da Siemens.
Ed, invero, il TAR nella decisione qui appellata ha fatto applicazione del principio mutuato dalla più recente giurisprudenza comunitaria secondo cui l'art. 1 paragrafo 1 terzo comma e paragrafo 3 della direttiva 89/665 osta alla dichiarazione di irricevibilità del ricorso principale sulla base di norme o prassi giurisprudenziali interne disciplinanti il trattamento di ricorsi reciprocamente escludenti.
Secondo l'appellante, sarebbe tuttora predicabile, quale eccezione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'opzione di una trattazione privilegiata del ricorso incidentale di portata escludente che porterebbe all'esclusione del ricorrente

principale dalla gara con conseguente venir meno della sua legittimazione, quale “offerente interessato”, a proporre contestazioni riferibili alla selezione rispetto alla quale è divenuto indifferente.
6.2. Com’è noto, la questione qui in rilievo circa l’ordine di trattazione del ricorso incidentale escludente e del ricorso principale ha, a lungo, impegnato i giudici nazionali e la stessa Corte Europea di Giustizia, che si è da ultimo pronunciata con la sentenza del 5 settembre 2019 C- 333/18 del 9 settembre 2019 nella quale ha rilevato che «*L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi*».
Ha osservato, infatti, la Corte che, quando a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, due offerenti presentano ricorso intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto: da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; d'altro lato, in caso di esclusione di tutti i concorrenti ed avvio di una nuova procedura *ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto*. Pertanto - prosegue la Corte - la regola "*secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente*" soggiungendo che “*il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti*”.
6.3. Alla stregua dei divisati postulati non ha, dunque, pregio la tesi di Siemens che invoca il disposto di cui all’art. 2 bis comma 3 della Dir. 89/665 CEE a mente del quale “*Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso*”. E’, infatti, evidente la forzatura che tale tesi sottende non potendo qui ritenersi configurabile una “definitiva esclusione” (cfr. Cons. St., Sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401). La stessa Corte di giustizia (sentenza del 5 settembre 2019 C- 333/18 del 9 settembre 2019) ha precisato che “*La sentenza del 21 dicembre 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988), menzionata dal giudice del rinvio, non costituisce un ostacolo ad un'interpretazione siffatta. Infatti, se è pur vero che, ai punti da 13 a 16, 31 e 36 di detta sentenza, la Corte ha statuito che un offerente la cui offerta era stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di affidamento di appalto pubblico poteva vedersi rifiutare l'accesso a un ricorso contro la decisione di attribuzione dell'appalto pubblico, occorre rilevare che, nella controversia decisa da quella sentenza, la decisione di esclusione di detto offerente era stata confermata da una decisione che aveva acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunciasse, sicché il suddetto offerente doveva essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, Archus e Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 57)*”.
6.4. Tanto premesso, e tenuto conto della pluralità dei mezzi esperiti dalle parti in senso incrociato, ritiene il Collegio, in prospettiva metodologica, di dover muovere dalla disamina dei capi della decisione di primo grado concernenti, anzitutto, le questioni sottese, nei limiti del *devolutum*, ai singoli ricorsi principali spediti da Abbott e da Roche estendendo in prosieguo, per ciascuno di essi, lo scrutinio dei connessi mezzi incidentali. Si è, infatti, condivisibilmente da ultimo evidenziato in giurisprudenza che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l’improcedibilità del ricorso incidentale. Si dà, in altre termini, priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l’eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l’improcedibilità del ricorso principale, l’eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l’improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l’aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all’ accoglimento del ricorso incidentale (cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).
7. Orbene, Siemens impugna il capo della decisione di primo grado recante l’accoglimento del ricorso principale n. 1458.2019 proposto dalla Abbott s.r.l. nella parte recante la contestazione della mancata produzione del “*data sheet*” per il test dell’Alpha 2- Macroglubulina - Metodica Setinel - Ref. 11018D, a cui invece l’aggiudicataria era obbligata.
7.1. Il giudice di prime cure ha ritenuto dirimente il fatto che la legge di gara – segnatamente il disciplinare – avesse prescritto, con formule letterali inequivocabili, che, nella busta contenente la documentazione tecnica, l’operatore economico dovesse inserire il “*data sheet* della strumentazione e dei prodotti offerti, firmato digitalmente”, per di più motivando in ordine alla essenzialità di tale tipo di documentazione, in quanto “*deve consentire alla commissione*

esaminatrice di appurare con rapidità la presenza delle specifica minima o della miglioria". Nell'economia della decisione appellata il *data sheet* costituiva, dunque, l'unico documento tecnico necessario e sufficiente per comprendere l'idoneità della strumentazione e dei prodotti offerti.
7.2. Il suddetto approdo decisorio viene contestato da Siemens sul rilievo che, contrariamente a quanto affermato dal TAR, il *data sheet* non rappresentava, nella prospettiva della stazione appaltante, l'unico documento tecnico necessario e sufficiente per comprendere l'idoneità della strumentazione e dei prodotti offerti, dal momento che il disciplinare, nell'elenco dei documenti da inserire nella busta tecnica, aveva indicato, di seguito al *data sheet*, alla relazione tecnica ed all'offerta muta, anche "*ogni breve documentazione (solo estratti di dimensione non superiore a 10 pagine) ritenuta utile dall'operatore economico a dimostrare la conformità della strumentazione offerta alle specifiche minime e la presenza delle caratteristiche migliorative, meritevoli di attribuzione di punteggio*". Siemens avrebbe, invero, messo a disposizione della commissione la dichiarazione di conformità CE/IVD del reattivo in argomento, vale a dire un documento perfettamente in grado di attestare, più dello stesso *data sheet*, l'idoneità del reattivo offerto allo scopo diagnostico per il quale esso era stato specificatamente progettato e, di conseguenza, la computabilità del medesimo nel novero dei test offerti per la gara, ai fini del raggiungimento della soglia minima del 90%.
7.3. Vale, anzitutto, premettere come sia circostanza acquisita il fatto che il *data sheet* relativo al test in questione non sia stato "caricato" nel sistema telematico per un errore dell'operatore economico e che quindi non sia stato acquisito al sistema così come non è in contestazione la decisiva incidenza del suddetto test rispetto al conseguimento da parte di Siemens della soglia minima dei prodotti da offrire.
7.4. Quanto alle coordinate che compongono la cornice giuridica di riferimento per la delibazione della *quaestio iuris* deve, anzitutto, rilevarsi che, tra i principi del quadro regolatorio che reggono la selezione in argomento, è espressamente incluso nella legge di gara quello della necessaria completezza della documentazione tecnica presentata a corredo dell'offerta.
Ed, invero, il disciplinare a tali fini precisava che "*Non costituirà obbligo per la Commissione giudicatrice l'effettuazione di valutazioni di tipo "intuitivo o induttivo" e, pertanto, i sistemi per i quali non sarà possibile risalire con esattezza – sulla base delle informazioni fornite dalla Ditta concorrente – ai dati richiesti, saranno dichiarate "Non valutabili*".
La documentazione costituente l'offerta tecnica dovrà, pertanto, essere chiara e completa. Di conseguenza:
- nel caso in cui, in base alla documentazione offerta, la Commissione non fosse in grado di verificare la rispondenza alle specifiche minime, la stessa escluderà la ditta per non conformità dell'offerta tecnica;
- nel caso in cui, in base alla documentazione offerta, la Commissione non fosse in grado di verificare la presenza di un elemento/miglioria, oggetto di valutazione, la stessa, per quel particolare sub-criterio, attribuirà punteggio 0 (zero).
Le offerte per sistemi dichiarati "Non valutabili", alla pari di quelle per sistemi dichiarati "Non conformi", non saranno ammesse alle successive fasi della procedura di gara.
Alla scheda tecnica di ciascun lotto il concorrente ha facoltà di allegare tutta la documentazione ritenuta indispensabile per un'idonea valutazione tecnica.
Con specifico riferimento alla busta contenente la documentazione tecnica il disciplinare ha, poi, previsto che "*..occorre inserire a pena di esclusione e quindi di mancato prosieguo, i documenti di seguito indicati…..*" da firmare digitalmente:
1) Data sheet della strumentazione e dei prodotti offerti, firmate digitalmente (la documentazione prodotta deve essere breve ma nello stesso tempo deve consentire alla commissione di appurare con rapidità la presenza della specifica minima o della miglioria);
2) il documento di sintesi inerente la presenza o meno delle caratteristiche oggetto di valutazione, firmato digitalmente;
3) offerta muta (senza riferimenti economici), costruita sul file excel di dettaglio offerta economica;
4) ogni breve documentazione (solo estratti di dimensione non superiore a 10 pagine) ritenuta utile dall'operatore economico a dimostrare la conformità della strumentazione offerta alle specifiche minime e la presenza delle caratteristiche migliorative, meritevoli di attribuzione di punteggio.
Orbene, ritiene il Collegio che il giudice di prime cure abbia fatto buon governo delle regole suindicate dal momento che, omettendo la produzione del *data sheet* del prodotto qui in rilievo, l'offerta in questione si poneva in aperto contrasto con le richiamate disposizioni, risultando evidentemente carente, sotto il profilo della completezza descrittiva, la documentazione tecnica prodotta a corredo dell'offerta siccome priva di un documento, giustappunto il *data sheet*, che la stessa legge di gara ha espressamente qualificato come indispensabile *"..a pena di esclusione e quindi di mancato prosieguo.."* siccome posto a presidio della funzione ritenuta essenziale di "*consentire alla commissione di appurare con rapidità la presenza della specifica minima o della miglioria*".
Non è, dunque, condivisibile la lettura suggerita da Siemens secondo cui lo stesso disciplinare avrebbe posto su un piano di sostanziale equivalenza il *data scheet* con ogni altro documento idoneo a dimostrare la presenza del requisito di minima o della miglioria valorizzando in chiave sostituiva la clausola di cui al punto 4 della previsione disciplinare sopra riportata in cui si richiama *ogni breve documentazione (solo estratti di dimensione non superiore a 10 pagine) ritenuta utile dall'operatore economico a dimostrare la conformità della strumentazione offerta alle specifiche minime e la presenza delle caratteristiche migliorative, meritevoli di attribuzione di punteggio*.
Va, di contro, rimarcata la valenza (solo) complementare della suddetta documentazione, rispetto al documento principale che, nell'economia del disciplinare, si identifica nel *data sheet*, rispetto al quale tale aggiuntiva

documentazione, nelle previsioni della disciplina di gara, è finalizzata a dimostrare la conformità della (sola) *strumentazione offerta* ai requisiti essenziali o premiali previsti.
Va, dunque, confermato l'assunto su cui poggia il *decisum* di primo grado secondo cui il *data sheet* si conferma, nel procedimento di evidenza pubblica per come è stato impostato dall'Amministrazione sanitaria resistente, quale unico documento tecnico necessario e sufficiente per comprendere l'idoneità della strumentazione e dei prodotti offerti.
E tale regola risulta espressamente presidiata dalla sanzione dell'espulsione.
Orbene, va qui ribadita, come rilevato più volte dalla Sezione (cfr. da ultimo cfr. Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595), la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.
Né è possibile dare ingresso all'approccio sostanzialistico privilegiato dall'appellante Siemens nella parte in cui assume che, ai fini qui in rilievo, sarebbe comunque sufficiente la sola dichiarazione di conformità CE/IVD del produttore dal momento che un semplice raffronto tra i due documenti prodotti da Siemens anche nel presente grado di giudizio rende di tutta evidenza la maggiore ampiezza del contenuto informativo del *data scheet* che, rispetto alla dichiarazione di conformità CE/IVD, perimetra in maniera puntuale anche i limiti della suddetta conformità alla stregua di presupposti, condizioni e modalità d'impiego anche rispetto alla strumentazione necessaria per il relativo uso.
Non era, dunque, necessario, contrariamente a quanto ritenuto da Siemens, che la ricorrente Abbott corredasse la propria censura anche dell'allegazione di ragioni specifiche della presunta inadeguatezza del reagente in argomento tali da superare la dichiarazione di conformità che certifica la giuridica commerciabilità del prodotto.
Era, viceversa, Siemens che, a norma delle prescrizioni di gara, avrebbe dovuto fornire in maniera completa i suddetti dati sulla conformità alla stregua delle prescrizioni del produttore non essendo fatto obbligo alla "…*Commissione giudicatrice l'effettuazione di valutazioni di tipo "intuitivo o induttivo".*
Ne discende, avuto riguardo alla specificità del caso qui in rilievo, governato dai puntuali contenuti precettivi della disciplina di gara e dalla specifica rilevanza da essa assegnata ai documenti utili per il relativo scrutinio, che deve ritenersi coerente con la disciplina di settore la decisione del giudice di primo grado nella parte in cui ha ritenuto non fungibile con la cura dei prescritti adempimenti la sola dichiarazione di conformità CE/IVD del produttore siccome non idonea rispetto a quell'accertamento da svolgere con immediatezza ed in forma completa ed esaustiva ritenuto necessario dalla stazione appaltante.
Né, peraltro, può dirsi predicabile la soluzione prospettata da Siemens secondo cui la stazione appaltante avrebbe dovuto semmai procedere ad una diretta consultazione del registro dei dispositivi in vitro acquisendo autonomamente il *data sheet* e le informazioni in esso contenute.
Del resto, chiaro è altresì il disposto di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 che esclude possano essere oggetto di sanatoria mediante soccorso istruttorio la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale riguardanti l'offerta tecnica ed economica.
Ammettere la regolarizzazione nei termini suesposti di un elemento dell'offerta considerato essenziale dalla *lex specialis* significherebbe pertanto rimettere in termini un operatore economico che non ha trasmesso la propria offerta entro il termine perentorio fissato con evidente alterazione del principio della *par condicio*.
Il corollario che ne discende, come ben evidenziato dal TAR, è dunque l'esclusione di Siemens dalla gara in quanto i test-analiti offerti (sia parametrati a n. 109 sia a n. 110 test ricercati) attestano una percentuale pari al 89%, indi comunque inferiore al 90%, quale soglia minima prevista.
In tale statuizione restano assorbite, siccome improcedibili, le ulteriori doglianze veicolate nell'appello incidentale di Abbott e volto a conseguire, sotto ulteriori e distinti profili, l'esclusione dalla gara di Siemens (sull'appello incidentale autonomo di Roche ci si soffermerà in prosieguo).
8. La conferma del capo della decisione appellata circa la sussistenza dei presupposti di applicazione di una sanzione espulsiva nei confronti di Siemens induce a concentrare ora l'attenzione sulla seconda graduata, Abbott, ritenuta dal TAR parimenti meritevole di esclusione in accoglimento del ricorso incidentale di Siemens (proposto nell'ambito del procedimento attivato da Abbott 1458/2019) nella parte in cui rilevava che Abbott avesse partecipato alla gara offrendo due strumentazioni differenti tra loro - nella specie due ulteriori sistemi analitici (denominati, "Architect ci 4100"), quale strumentazione aggiuntiva collegata al middleware e/o al LIS- al fine di poter raggiungere il numero di test prescritto, che però non avrebbero un unico punto di accesso per i campioni, come pure è stato richiesto, e che non rispetterebbero, nella combinazione configurata, la produttività minima richiesta per i moduli di immunometria, diversamente da quanto dichiarato.

8.1. La suddetta statuizione è contestata dal suddetto operatore con appello incidentale autonomo nel quale la suddetta parte evidenzia in premessa di aver offerto, per ogni presidio, n. 2 analizzatori automatici integrati Alinity ci (definiti analizzatori principali) n. 2 analizzatori automatici integrati Architect 4100 (analizzatori aggiuntivi) proposti in via aggiuntiva rispetto agli analizzatori principali al fine di completare il pannello degli analiti richiesti in gara.
Nel costrutto giuridico dell'appellante incidentale le suddette apparecchiature, anche ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 68 del codice dei contratti, sarebbero equivalenti tra loro siccome sistemi automatici two-step che utilizzano la medesima tecnologia a chemiluminescenza a microparticelle nonché gli stessi componenti per generare le reazioni chimiche. Soggiunge, inoltre, Abbott che tale configurazione strumentale sarebbe conforme alla scheda tecnica del lotto 11 quanto alle caratteristiche di minima richieste (sia rispetto al requisito della produttività minima che alla previsione di un unico punto di accesso) nonché al chiarimento reso dalla stazione appaltante il 9/7/19 che avrebbe espressamente consentito di completare il pannello degli analiti con strumentazione aggiuntiva.
In particolare, rispetto al requisito di minima: "*Produttività oraria complessiva delle strumentazioni non inferiore a 800 test/ora per analisi fotometriche, escluso ISE (due strumenti) e non inferiore a 300 test/ora per le analisi immunometriche (due strumenti)*, il TAR avrebbe omesso di considerare che lo standard prestazionale richiesto era tarato sulla produttività complessiva e non su quella singola del singolo analizzatore, produttività nella specie già garantita dagli analizzatori principali anche per le analisi immunometriche (200+200 > 300) e vieppiù incrementata dalla capacità produttiva dei due analizzatori aggiuntivi (100+100) con un saldo di 600 test/ora per le analisi immunometriche ben superiore alla soglia minima di 300 test/ora.
Parimenti, sotto il distinto profilo del requisito dell'unico punto di accesso, Abbott deduce che lo scopo della previsione fosse di consolidare, attraverso un unico punto di accesso, gli esami di chimica clinica e di immunometria, e di evitare soluzioni che prevedessero strumenti esclusivamente e disgiuntamente dedicati agli uni e agli altri; e ciò nella prospettazione del suddetto operatore indipendentemente dal numero dei test eseguibili su un unico strumento. Il sistema offerto da Abbott risponderebbe, dunque, al requisito in quanto i campioni, come da capitolato, verrebbero caricati per eseguire esami di chimica clinica e di immunometria in un unico punto di accesso che si troverà su Alinity oppure su Architect, in base alla tipologia di test richiesti.
8.1. Il motivo non ha pregio.
8.2. In base al capitolato di gara, le caratteristiche tecnico funzionali minime della strumentazione da fornire, unitamente alla tipologia e quantità delle determinazioni analitiche da eseguire, sono state definite per ciascun lotto nel corrispondente allegato tecnico.
Segnatamente, per il lotto 11 qui in rilievo, e per ciascun presidio, la scheda prescriveva, tra l'altro, la fornitura di n. 1 Sistema CORELAB automatizzato che preveda la presenza di:
a) n. 2 analizzatori automatici identici di chimica clinica;
b) n. 2 analizzatori automatici identici di immunometria.
Gli analizzatori richiesti – l'uno backup dell'altro onde garantire continuità operativa (cfr. lettera i)- avrebbero dovuto, dunque, integrare un parco macchine formato da 4 analizzatori ed articolato da coppie di apparecchiature "identiche".
Sul piano funzionale il sistema mira al consolidamento degli esami di chimica clinica, proteine specifiche, immunochimica, sierologia in routine ed urgenza e annovera tra i requisiti di minima espressamente richiesti, tra gli altri:
- Unico punto di accesso dei campioni con identificazione positiva degli stessi attraverso lettura del codice a barre (check-in);
- Analizzatori di chimica clinica ed immunometria connessi fra di loro;
- Produttività oraria complessiva delle strumentazioni non inferiore a 800 test/ora per analisi fotometriche, escluso ISE (due strumenti) e non inferiore a 300 test/ora per le analisi immunometriche (due strumenti).
8.3. Orbene, il raffronto dell'offerta Abbott con i suindicati parametri selettivi rende di immediata evidenza i profili di significativa distonia:
- le apparecchiature offerte non sono 4 bensì 8 avendo Abbott offerto in via integrativa coppie di dispositivi distinti da quelli offerti in via principale;
- non risulta rispettato il requisito sull'unico punto di accesso dal momento che, a seconda della tipologia di test, occorre caricare distintamente i campioni ora sugli analizzatori Alinity per 81 metodiche (o analiti) ora sugli analizzatori Architect per le restanti 20 metodiche;
- la produttività oraria degli analizzatori Architect è pari a 100 test l'ora e, quindi, a 200 test l'ora, inferiore, quindi, rispetto a quella minima di 300 test l'ora prevista dalla normativa di gara, a pena di esclusione, per le analisi immunometriche.
8.4. Né colgono nel segno le osservazioni di Abbott in quanto è un dato oggettivo il rapporto di alterità tra i due dispositivi offerti che, nell'economia della disciplina di gara, avrebbero dovuto essere "*identici*" e non in via di mera tesi equivalenti, predicato comunque da escludere per le considerazioni di seguito esposte.
Il dato sulla produttività oraria minima di 300 test/ora era inequivocabilmente riferito alle coppie di strumenti ("*due strumenti*") e, di certo, la coppia di strumenti Architect – chiamata in via esclusiva a processare parte dei test – non raggiunge il suddetto standard.
Inoltre, e dirimente ai fini qui in rilievo anche rispetto al solo affermato predicato dell'equivalenza, come l'offerta Abbott abbia determinato un improprio sdoppiamento delle piattaforme cui si riconnette inevitabilmente l'utilizzo di due punti distinti di accesso.

Ed il suddetto dato non può di certo essere smentito dalla esegesi della disciplina di gara operata da Abbott secondo cui ciò che assumerebbe rilievo è la sola possibilità di eseguire esami di chimica clinica e di immunometria in un unico punto di accesso ancorché su piattaforme differenziate in base alla tipologia di test.
Ed, infatti, se è vero che l'obiettivo di fondo resta quello del consolidamento degli esami è altrettanto vero che tale obiettivo nell'economia della disciplina di gara va replicato per tutti i test richiesti non essendo previste limitazioni in tal senso nella disciplina di gara ed essendo anzi espressamente indicati tra gli obiettivi organizzativi perseguiti e con i quali, viceversa, lo sdoppiamento delle piattaforme (e la connessa necessità di uno spostamento dall'una all'altra per completare i test) manifestamente collide.
8.5. Né giova ad Abbott richiamare il chiarimento pubblicato il 10 luglio 2019 che ha previsto la possibilità di "*completare il pannello degli esami richiesti, non disponibili sul sistema integrato principale, con strumentazione aggiuntiva che dovrà comunque essere collegata al middleware e/o al LIS, fermo restando che la valutazione tecnica sarà effettuata esclusivamente sul sistema principale richiesto in gara*".
E', infatti, noto che resta recisamente preclusa all'Amministrazione la possibilità, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, di modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione delle regole che governano la selezione.
I chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. St., Sez. III, 27 dicembre 2019 n. 8873). In altri termini, i chiarimenti non possono in alcun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la commissione giudicatrice (cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. V, 02/09/2019, n.6026; Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279; Cons. Stato, III, 13 gennaio 2016, n. 74; Cons. Stato, III, 20 aprile 2015, n. 1993; V, 29 settembre 2015, n. 4441; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154).
E', infatti, di tutta evidenza che, così congegnato, il chiarimento in questione trascende la sua ontologica missione esplicativa per assumere un'impropria funzione di modifica e/o di integrazione della legge di gara e, come tale, va privato di siffatta efficacia innovativa come peraltro qui rivendicato, sulla scorta di quanto già dedotto in prime cure nei rispettivi mezzi incidentali, sia da Siemens (nella memoria ex articolo 101 c.p.a.) che da Roche nell'appello incidentale.
8.6. In definitiva, con le integrazioni da ultimo previste, va confermato il capo della decisione appellata nella parte in cui ha previsto che Abbott dovesse essere esclusa.
In tale statuizione restano assorbite, siccome improcedibili, le ulteriori doglianze veicolate nell'appello di Siemens e volto a conseguire l'esclusione, sotto diversi ed ulteriori profili, dalla gara di Abbott (sull'appello incidentale autonomo di Roche ci si soffermerà immediatamente di seguito).
9. Quanto alla posizione di Roche, giova rammentare che il TAR ha dichiarato improcedibile per difetto d'interesse il ricorso principale n. 1460 del 2019 proposto dal suddetto operatore, terzo classificato, salvo a valutare e disattendere anche nel merito le doglianze veicolate nel suddetto mezzo. Al contempo, ha respinto i ricorsi incidentali presentati da Siemens e Abbott nella detta sede.
9.1. Attesa l'autonomia della posizione azionata da Roche nel suddetto procedimento e l'interesse ad essa correlato ad un diretto apprezzamento delle censure articolate in prime cure indipendentemente cioè dall'esito del distinto procedimento introdotto da Abbott con ricorso 1458/2020 e di cui Roche solo di riflesso verrebbe ad avvantaggiarsi (per effetto della reciproca esclusione delle prime due graduate) il Collegio ritiene procedibile il mezzo esperito in prime cure e l'appello con cui vengono riproposte le censure in esso compendiate anche in critica alla decisione di primo grado che, come sopra anticipato, ha dichiarato improcedibile il ricorso e contemporaneamente scrutinato nel merito le censure, respingendole.
La sovrapponibilità parziale delle censure qui in rilievo rispetto a quelle desumibili dagli altri mezzi già sopra scrutinati consente semmai di far rinvio ai passaggi della presente decisione in cui vengono affrontate le medesime questioni.
9.2. Ciò premesso, devono ritenersi, anzitutto, fondati i rilievi di Roche circa la sussistenza dei presupposti di applicazione di una sanzione espulsiva nei confronti di Siemens.
Tanto in ragione del mancato raggiungimento della soglia minima dei test prescritti per effetto della insufficienza della documentazione confluita nell'offerta tecnica.
Sul punto, condivisibili devono ritenersi, anzitutto, le osservazioni censoree incentrate sull'insufficienza della metodica applicativa in relazione al test "Alpha 2 macroglobulina il cui mancato computo è già di per sé decisivo secondo quanto già sopra evidenziato ai paragrafi 7 e ss della presente decisione.
A tanto, poi, deve aggiungersi l'insufficienza documentale in relazione anche ad altri test rispetto ai quali Siemens ha offerto reagenti prodotti da soggetti terzi senza, però, corredare tale offerta di certificazioni idonee a garantire una sicura applicazione in combinazione di sistema con la strumentazione offerta, con la conseguenza che viene ulteriormente ad aggravarsi la già rilevata deficienza dell'offerta del suddetto operatore rispetto alla soglia minima fissata dalla disciplina di gara.
Vale premettere che il capitolato di gara prescriveva che *i reagenti* offerti fossero conformi "*alla direttiva CE 98/79 e s.m. e i., recepita con D.Lgs. 8 settembre 2000, n. 332, modificata ed integrata con D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 37 concernente i dispositivi medico- diagnostici in vitro, alla Direttiva CE 89/336 e alla Direttiva CE 73/23 con eventuali norme di riferimento CEI 66.5 o loro aggiornamenti".*

Secondo l'appellante Roche la generica certificazione allegata da controparte non soddisfa – rispetto a 11 test - il requisito richiesta dalla *lex specialis*, non garantendo la conformità dei reagenti offerti in relazione allo specifico sistema (Atellica CH 930) offerto da Siemens.
Il giudice di prime cure, facendo rinvio a quanto già statuito rispetto ad analoga censura articolata da Abbott, ha opposto, in accoglimento delle tesi difensive sviluppate da Siemens, che il capitolato di gara non richiedeva espressamente la produzione di documentazione attestante la compatibilità dei test offerti con lo specifico sistema aperto analitico (c.d. *application sheet*) ma solo che i reagenti e i sistemi fossero conformi alla direttiva CE 98/79, recepita dal d.lgs. 8 settembre 2000 n. 332.
Da tale prospettiva ha, dunque, reputato sufficiente che tutte le metodiche prodotte in gara dalla Siemens contenessero la dicitura "per uso diagnostico in vitro" e che fossero certificate CE/IVD.
Tanto in ragione del fatto che l'art. 3.1 della parte B dell'allegato I al d.lgs. 8 settembre 2000 n. 332 prevede che "*Se il dispositivo è destinato ad essere utilizzato insieme ad altri dispositivi o attrezzature, l'insieme risultante, compreso il sistema di allacciamento, deve essere sicuro e non deve compromettere le prestazioni previste dei singoli dispositivi. Ogni eventuale limitazione d'impiego deve figurare sull'etichetta e/o nelle istruzioni per l'uso*".
Pertanto, secondo il TAR, il produttore del dispositivo è tenuto ad indicare nel manuale d'uso solamente le eventuali limitazioni d'impiego del prodotto, sussistendo l'onere di produrre in gara solo il "*data sheet*", ossia la scheda contenente le informazioni al corretto utilizzo del dispositivo. Ogni eventuale limitazione d'impiego deve figurare sull'etichetta e/o nelle istruzioni per l'uso.
Orbene, anche nel solco della detta prospettiva, comunque contestata dall'appellante, deve però obiettarsi che il richiamato approdo decisorio potrebbe, in via di tesi, resistere ove le metodiche di terza parte offerte da Siemens fossero effettivamente utilizzabili, secondo le prescrizioni del fabbricante, sempre ed incondizionatamente su qualsivoglia normale equipaggiamento di laboratorio ovvero su sistemi con rilevazione fotometrica, senza prescrizioni aggiuntive.
Tale prospettazione trova riscontro per le metodiche di terza parte a marchio "Sentinel" allegate in atti (come nel caso di Dibucaina, G6PDH, Ceruloplasmina, Catene Kappa, Catene Lambda) dove è previsto che i reagenti in argomento possano essere utilizzati su "normale equipaggiamento di laboratorio".
Di contro, e come riconosciuto dalla stessa Siemens, per le metodiche a marchio Randox (test Rame, Acidi Biliari, Zinco) risulta prodotta in sede di gara documentazione che prescrive l'abbinamento dei relativi reagenti ad una ben individuata strumentazione (sistemi ADVIA ovvero RX Daytona) alla quale correla le relative performances di guisa che, anche nella soprarichiamata prospettiva, manca l'evidenza della possibilità di un sicuro ed efficace combinazione in utilizzo con altri strumenti e, segnatamente, con le apparecchiature offerte da Siemens comportando una tale variante di impiego una violazione delle prescrizioni del fabbricante.
Sul punto vanno qui richiamate le considerazioni già sopra svolte sulla necessaria completezza della documentazione tecnica versata in gara, avendo il disciplinare precisato che *Non costituirà obbligo per la Commissione giudicatrice l'effettuazione di valutazioni di tipo "intuitivo o induttivo" e, pertanto, i sistemi per i quali non sarà possibile risalire con esattezza – sulla base delle informazioni fornite dalla Ditta concorrente – ai dati richiesti, saranno dichiarate "Non valutabili*".
La documentazione costituente l'offerta tecnica dovrà, pertanto, essere chiara e completa. Di conseguenza:
*- nel caso in cui, in base alla documentazione offerta, la Commissione non fosse in grado di verificare la rispondenza alle specifiche minime, la stessa escluderà la ditta per non conformità dell'offerta tecnica; ……*omissis*…. Le offerte per sistemi dichiarati "Non valutabili", alla pari di quelle per sistemi dichiarati "Non conformi", non saranno ammesse alle successive fasi della procedura di gara.*
Alla scheda tecnica di ciascun lotto il concorrente ha facoltà di allegare tutta la documentazione ritenuta indispensabile per un'idonea valutazione tecnica.
Né qui il profilo di distonia può essere eliso in ragione del paventato errore nel caricamento della documentazione in questione, prodotta in versione non aggiornata, non essendo suscettiva la suddetta lacuna di essere ovviata altrimenti attesa l'impraticabilità del ricorso al soccorso istruttorio.
In base a quanto fin qui evidenziato va ritenuta fondata la domanda di Roche circa la mancata esclusione di Siemens anche sotto tale profilo.
Parimenti fondate sono poi le rivendicazioni di Roche quanto alla posizione di Abbott potendo qui farsi rinvio alle considerazioni già sopra svolte circa l'inettitudine strutturale dell'offerta da questi prodotta evidenziate per le medesime ragioni già evidenziate al paragrafo 8.
In definitiva, l'appello Roche merita accoglimento con conseguente riforma, in parte qua, della sentenza appellata, dovendo le residue doglianze essere dichiarate improcedibili.
10. Vanno, viceversa, respinti l'appello principale Siemens e quello incidentale Abbott nella parte in cui ripropongono le censure affidate ai propri mezzi incidentali nel procedimento proposto da Roche con ricorso 1460/2019.
Anzitutto, non condivisibili si rivelano anzitutto le doglianze veicolate da Siemens.
10.1. Sul punto, deve, anzitutto, premettersi che, rispetto al ricorso incidentale proposto in prime cure da Siemens, il TAR ha ritenuto infondate:
- sia la prima doglianza, con la quale l'odierna appellante aveva eccepito che Roche avrebbe meritato l'esclusione per non aver prodotto le metodiche d'impiego e le dichiarazioni di conformità CE-IVD dei controlli per il test G6pDH e per un calibratore prodotto da impresa terza;

- sia le doglianze, introdotte con il secondo ed il terzo motivo, proposte in via prudenziale per paralizzare il primo motivo del ricorso Roche, con cui, similmente ad Abbott, la terza classificata aveva eccepito che Siemens era da escludere per aver offerto un numero di test inferiore alla soglia del 90% che era da rapportare a 109 test e non a 110 come indicato nel bando; e ciò a seguito del chiarimento n. 9 reso dall'amministrazione appaltante prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.
10.2. Orbene, lo stesso corredo censoreo viene qui riproposto di guisa che le doglianze del secondo gruppo in ragione della loro valenza condizionata alla speculare valorizzazione dell'analoga censura Roche non sono procedibili. Tanto in ragione del fatto che l'esclusione di Siemens non riposa sulle modalità di calcolo dei test computabili nella soglia del 90 % rilevandosi irrilevante il suddetto tema nell'economia della presente decisione.
10.3. Priva di pregio si rivela, invece, la residua censura con la quale Siemens insiste nel ritenere indispensabili alla stregua della disciplina di gara i *data scheet* e le dichiarazioni di conformità dei controlli per il test G6pDH e per un calibratore prodotto da impresa terza.
10.4. Va, anzitutto, rilevata, in accoglimento dell'eccezione di Roche, l'inammissibilità della censura in argomento per non aver Siemens nemmeno dedotto la rilevanza di tale presunta carenza rispetto alla soglia minima di ammissibilità che la disciplina di gara fissava nella misura del 90 % dei test richiesti.
10.5. Di poi la censura in argomento nemmeno nel merito può essere condivisa.
Ed, infatti, il capitolato di gara, dopo aver genericamente richiesto la conformità dei "prodotti" offerti alle norme vigenti in campo nazionale e comunitario, nel declinare in dettaglio, rispetto alle regole della selezione (dovendo in fase esecutiva tale conformità essere comunque garantita ad ampio raggio), i requisiti di conformità dell'oggetto della fornitura per quanto attiene le autorizzazioni alla produzione, all'importazione ed alla immissione in commercio ha espressamente previsto, per quanto qui di più diretto interesse, che la *strumentazione analitica* e i *relativi reagenti*, dovessero rispondere alla direttiva CE 98/79 e s.m. e i., recepita con D.Lgs. 8 settembre 2000, n. 332, modificata ed integrata con D.Lgs. 25 gennaio 2010, n. 37 concernente i dispositivi medico- diagnostici in vitro, alla Direttiva CE 89/336 e alla Direttiva CE 73/23 con eventuali norme di riferimento CEI 66.5 o loro aggiornamenti.
Alla stregua della divisata *regula iuris* sembrerebbe che la stazione appaltante abbia inteso perimetrare (in tale prima fase) l'onere di comprovare, da subito, la detta conformità solo in riferimento a categorie ben determinate di prodotti e non all'intera fornitura.
10.6. Di ciò vi è, poi, ulteriore conferma nella risposta fornita al quesito PI122902-18 con il quale, in merito alla documentazione tecnica da predisporre, si chiedeva di confermare che *occorreva allegare solo le schede tecniche dei reagenti (analiti) richiesti e non dei consumabili, calibratori e controlli, che comunque ci rendiamo disponibili a fornire in fase successiva e dietro vostra richiesta?* La risposta del seggio di gara confermava (PI127583-18), dunque, quanto emergeva dalla lettura del capitolato precisando quanto segue "*Si conferma che devono essere allegate solo le schede tecniche dei reagenti e analiti richiesti*".
La compatibilità del suddetto chiarimento con il contenuto evincibile dalla stessa lettera delle prescrizioni compendiate nel capitolato di gara consente di escludere in radice l'illegittimità di tale chiarimento.
10.7. Tanto è sufficiente per il rigetto dell'appello di Siemens. E', invero, *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima (Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148).
11. Le medesime considerazioni fin qui svolte consentono di disattendere anche le speculari censure riproposte nell'appello incidentale di Abbott nella parte in cui lamenta che non sono stati prodotti né i *data sheet* né le dichiarazioni CE di conformità riguardo ai controlli per il test G6PDH ed al calibratore Urine Protein Multicalibrator.
11.1. In via aggiuntiva, Abbott lamenta che Roche non ha fornito le schede tecniche dei seguenti ulteriori prodotti HP LASER PRINTER P2035, NETGEAR PROSAFE SWITCH, PERSONAL COMPUTER HP RP5810, PRINTER BARCODE GK420T, SCANNER BARCODE MK7820 FOR PSM/CITM.
Anche tali aggiuntivi rilievi non appaiono dirimenti. Tanto in ragione del fatto che nell'economia della disciplina di gara i suddetti componenti hanno valenza di strumentazione accessoria rispetto a quella analitica in senso stretto che, in via di tesi, avrebbero potuto perfino essere non quotate e descritte dovendo ciò nondimeno essere considerate come incluse nell'offerta (cfr. capitolato di gara e chiarimento punto 15 al protocollo quesito Pl127073-18 del 25.6.2018) di guisa che appare quanto meno dubbia la predicabilità della richiesta di Abbott con conseguente applicazione del principio del favor partecipationis.
11.2. Con una distinta censura Abbott premette che i concorrenti erano tenuti a fornire materiale idoneo e sufficiente a garantire l'effettuazione dei test indicati, nonché di calibrazioni e controlli di qualità, in considerazione delle frequenze degli stessi (312, 156 o 52 giorni annui). In tale prospettiva, i concorrenti avrebbero dovuto tenere conto sia del tempo di stabilità dei propri reagenti e dei materiali di consumo sia delle relative caratteristiche di conservazione (che ovviamente sono diversi a seconda della ditta che li produce). Soggiunge che, al contrario di quelli di Abbott, i reagenti di Roche una volta aperti possono essere conservati solo a bordo dell'analizzatore, con la conseguenza che una volta aperto il reagente deve essere tenuto a bordo dell'analizzatore per un massimo di 4 settimane ad una temperatura di 2-8 gradi e che una volta caricato il reagente è stabile ed idoneo per il suo utilizzo per un massimo di 4 settimane (in tal senso il test "UA2 Acido Urico ver.2").

Muovendo da tale premessa Abbott deduce che Roche avrebbe dovuto considerare 365 giorni di utilizzo del reagente in quanto una volta caricato a bordo dello strumento inizia a decorrere il tempo di conservazione indipendentemente se viene utilizzato tutti i giorni o no. Ad esempio, il reagente dell'acido urico ha una stabilità di 28 giorni. Secondo tale ricostruzione l'offerta Roche non sarebbe congrua di 95.580 test per i cinque anni.
11.3. Il TAR ha respinto la doglianza in argomento sulla premessa che i rilievi non colgono nel segno, in quanto sono indeterminati e svolti con argomentazioni ipotetiche, circa i presunti tempi di maneggio e di consumazione dei test, che non è, né invero può mai esserlo, in toto comprovato.
11.4. I suddetti rilievi vanno confermati avendo oltretutto Abbott sviluppato solo in parte la censura senza peraltro circostanziarla e lamentando che la costruzione dell'offerta è effettuata senza considerare i tempi di stabilizzazione del reagente in funzione di 312 gg lavorativi e non dell'intero anno.
Di contro, il dato di riferimento delle 52 settimane è corretto in quanto corrispondente all'intero arco annuale e non, dunque, ai 312 giorni lavorativi idoneo di per sé ad inglobare anche il periodo di stabilizzazione del reagente menzionato da Abbott come campione di riferimento (id est acido urico). L'offerta di Roche, complessivamente composta da 65 confezioni, su base annua è pari a 13 confezioni e, dunque, sembra idonea, in mancanza di ulteriori elementi, a coprire il fabbisogno considerando il tempo di stabilizzazione di 4 settimane in quanto 52 settimane/4 (corrispondente al periodo di stabilizzazione) è giustappunto pari al numero di confezioni (13) annualmente offerte.
11.5. Né ad un diverso approdo conducono le residue osservazioni censoree di Abbott sulla carenza di informazioni sulla stabilità dei test prodotti e commercializzati da terze parti (Sclavo) che non evidenzierebbe il tempo di stabilità del reagente a bordo dello strumento una volta aperto. La stessa carenza riguarderebbe anche la stabilità della curva di calibrazione dei test "Catene Leggere Kappa Totali Urinarie" e "Catene Leggere Lambda Totali Urina.
Sul punto il motivo in argomento è anzitutto carente sotto il profilo dell'interesse alla sua coltivazione dal momento che non è dimostrata la sua incidenza sull'ammissibilità dell'offerta Roche: occorre, infatti, rammentare che, alla stregua delle disposizioni riferite al lotto in argomento, "*la partecipazione alla gara è consentita anche a ditte che non offrano tutto il pannello di test richiesti, ma almeno la percentuale minima in misura non inferiore al 90 % delle prestazioni, a pena di esclusione*".
Vale, inoltre, soggiungere che Abbott avrebbe potuto verificare la congruità dell'offerta di Roche atteso che nel foglietto illustrativo Catene Leggere Kappa Totali Urinarie Latex (uCLK) è espressamente indicato che "*Dopo l'apertura i reagenti sono stabili fino a data di scadenza se mantenuti nelle condizioni indicate in "Conservazione e stabilità*" e che, sotto tale voce, si precisa che "*Conservati a 2-8°C, evitando la luce diretta, i reattivi sono stabili fino alla data di scadenza riportata sulla etichetta*". Inoltre, si precisa che "*La curva di calibrazione è valida almeno un mese*".
Anche rispetto al prodotto Catene Leggere Lambda si evidenzia che *Tutti i reagenti, inclusi i calibratori ed i controlli, sono liquidi pronti all'uso e stabili fino alla data di scadenza riportata sull'etichetta, anche una volta aperti se conservati tappati e a temperatura di 4° centigradi*. Era, dunque, onere di Abbott dimostrare, in termini puntuali ed adeguati, l'insufficienza quantitativa dell'offerta considerando i quantitativi offerti considerati anche i cambi periodici di cassetta praticabili.
11.6. Infine, deve ritenersi improcedibile la residua censura dell'appello incidentale Abbott che impinge nella correttezza del punteggio assegnato in sede di scrutinio delle offerte tecniche ed al quale evidentemente il suddetto operatore non ha più interesse una volta confermata la statuizione di prime cure secondo cui avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione.
Le spese del doppio grado di giudizio, a cagione della complessità e della obiettività controvertibilità delle questioni scrutinate, vanno compensate.
P.Q.M.
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:
a) quanto all'appello principale Siemens, lo respinge;
b) quanto all'appello incidentale Abbott, lo respinge;
c) quanto all'appello incidentale Roche, lo accoglie nei sensi indicati in motivazione e per l'effetto riforma, in parte qua, la sentenza appellata:
d) spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021, svolta in modalità da remoto, con l'intervento dei magistrati:
Marco Lipari, Presidente
Giulio Veltri, Consigliere
Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere
Stefania Santoleri, Consigliere
Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Umberto Maiello **Marco Lipari**

IL SEGRETARIO