

Pubblicato il 18/04/2017

N. 01809/2017REG.PROV.COLL.

N. 08178/2016 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 8178 del 2016, proposto da Hospira Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Diego Vaiano e dall'Avvocato Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Diego Vaiano in Roma, lungotevere Marzio, n. 3;

***contro***

Azienda Ospedaliero Universitaria –Ospedali Riuniti di Foggia, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Simonetta Mastropieri, con domicilio eletto presso lo studio Studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;  
A.S.L. FG di Foggia, appellata non costituita in giudizio;  
A.S.L. BT di Andria, appellata non costituita in giudizio;  
Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, appellata non costituita in giudizio;

***nei confronti di***

Medisan Sud s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Mescia, Giacomo Mescia, con domicilio eletto presso lo studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello, n. 55;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, sez. II, n. 784 del 16 giugno 2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva, in favore di Medisan Sud s.r.l., della gara per la fornitura *in service* di pompe e relativo materiale di consumo per terapie infusionali e per nutrizione parenterale

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria – Ospedali Riuniti di Foggia e di Medisan Sud s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Consigliere Massimiliano Noccelli e udito per l'odierna appellante, Hospira Italia s.r.l., l'Avvocato Massimiliano Pozzi su delega dell'Avvocato Diego Vaiano, per l'odierna appellata, l'Azienda Ospedaliero Universitaria – Ospedali Riuniti di Foggia, l'Avvocato Adriano Casellato su delega dell'Avvocato Simonetta Mastropieri e per la controinteressata, Medisan Sud s.r.l., l'Avvocato Giuseppe Mescia;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. L'Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti" di Bari, di qui da avanti per brevità indicata come "Azienda Ospedaliero Universitaria" o semplicemente "Azienda", ha indetto, con determinazione n. 720 del 27 aprile 2015, una procedura di gara in unione di acquisto tra essa, l'ASL FG, l'ASL BT e l'Azienda Ospedaliero

Universitaria Policlinico di Bari per la fornitura *in service* di pompe e relativo materiale di consumo per le terapie infusionali e per la nutrizione parenterale.

1.1. La gara è stata articolata a lotto unico in base al criterio del prezzo più basso di cui all'art. 82 del d. lgs. n. 163 del 2006.

1.2. Entro il termine per la presentazione delle offerte, fissato per il 24 luglio 2015, hanno presentato le proprie offerte Hospira Italia s.r.l., Medisan Sud s.r.l., Fresenius Kabi s.r.l., Betafin s.p.a., B. Braun Milano s.p.a. e Macrofarm s.r.l.

1.3. All'esito delle operazioni di gara, infine, con determinazione del Direttore della Struttura Gestione Patrimonio dell'A.O.U. "Ospedali Riuniti" di Foggia n. 240 del 1° febbraio 2016, comunicata con nota prot. n. 3/0636 del 3 febbraio 2016, la stazione appaltante ha infine aggiudicato in via definitiva in favore di Medisan Sud s.r.l. la gara per la fornitura *in service* di pompe e relativo materiale di consumo per terapie infusionali e per nutrizione parenterale.

1.4. La odierna appellante, Hospira Italia s.r.l., ha impugnato avanti al T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, tale determinazione, in una con i presupposti atti di gara, con ricorso articolato in distinte quattro censure, e ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento, con conseguente aggiudicazione della gara o, in subordine, con

1.5. Si è costituita nel primo grado di giudizio l'ASL BT, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva in ragione della sua estraneità alla vicenda procedimentale in oggetto, avendo la stessa aderito in ambito regionale all'unione di acquisto e conferito mandato agli Ospedali Riuniti per lo svolgimento di tutte le operazioni di gara.

1.6. Si sono costituiti altresì, nel primo grado di giudizio, anche l'Azienda Ospedaliera e la controinteressata, Medisan Sud s.r.l., per resistere al ricorso, di cui hanno chiesto la reiezione.

1.7. Il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, con la sentenza n. 784 del 16 giugno 2016, ha respinto il ricorso e ha condannato la ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Hospira Italia s.r.l., articolando tre distinti motivi di censura che saranno di seguito esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Medisan Sud s.r.l., declaratoria di inefficacia del contratto con questa stipulato e subentro, nello stesso, di Hospira Italia s.r.l., ricorrendone i presupposti di cui all'art. 122 c.p.a.

2.1. Si sono costituiti l'Azienda Ospedaliero Universitaria e l'aggiudicataria Medisan Sud s.r.l., entrambe per resistere all'appello, di cui hanno chiesto la reiezione.

2.2. Nella pubblica udienza del 23 marzo 2017 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello di Hospira Italia s.r.l. è infondato e va respinto.

4. Con il primo motivo (pp. 6-15 del ricorso) l'odierna appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il secondo motivo dell'originario ricorso, incentrato sulla violazione e/o sulla falsa applicazione dell'art. 2 del disciplinare tecnico, che individua le caratteristiche tecniche minime che devono essere possedute dai prodotti offerti, nonché sull'art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 e sugli artt. 5.1 e 6 del disciplinare di gara.

4.1. In tale doglianza la ricorrente in prime cure aveva contestato l'ammissione di Medisan Sud s.r.l. in gara:

*a)* in quanto le prolunghe da essa offerte per le voci 8, 9 e 10 non posseggono una caratteristica essenziale prescritta dal disciplinare tecnico a pena di esclusione e, cioè, la valvola di non ritorno (cfr. pp. 8-9 del disciplinare tecnico), poiché il dispositivo in questione è pacificamente presente solo sul deflussore principale del prodotto offerto da Medisan Sud s.r.l.;

*b)* in ogni caso, in ragione del fatto che la controinteressata non avesse presentato una dichiarazione di equivalenza, ai sensi dell'art. 68, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, né avesse dimostrato in offerta che la presenza della valvola di non ritorno sul solo deflussore principale, anziché sulla prolunga, fosse in grado di assicurare un

risultato equivalente a quello richiesto dalla *lex specialis*, come invece prescritto dall'art. 6 del disciplinare di gara.

4.2. Il primo giudice, recependo le argomentazioni difensive dell'Amministrazione, ha ritenuto che la caratteristica richiesta dal disciplinare è costituita dalla presenza della valvola nel dispositivo considerato nel suo complesso, sicché il mero posizionamento della stessa sulla prolunga, come nel dispositivo offerto da Medisan Sud s.r.l., «*non comporta una diversa soluzione funzionale né connota diversamente il set complessivo*» (pp. 9-10 della sentenza impugnata).

4.3. Tale argomentazione è stata condivisa dal T.A.R. per la Puglia perché supportata dalle stesse operazioni di gara, posto che la Commissione ha proceduto per entrambi i dispositivi a verificare il funzionamento della valvola, come dai verbali depositati.

4.4. Non trattandosi pertanto di soluzioni alterative, secondo la sentenza impugnata, del tutto inconferente sarebbe il richiamo di Hospira Italia s.r.l. all'art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 e alla necessità di una preventiva separata dichiarazione di equivalenza da parte della controinteressata Medisan Sud s.r.l.

4.5. Il T.A.R. per la Puglia è così pervenuto a respingere il secondo motivo dell'originario ricorso, avendo la stazione appaltante osservando il medesimo criterio per entrambe le imprese (p. 10 della sentenza impugnata).

4.6. L'appellante contesta tali argomentazioni ed osserva, in senso critico, che esse dimostrerebbero come il primo giudice non abbia minimamente compreso l'oggetto della doglianza articolata e, soprattutto, il contenuto della *lex specialis*.

4.7. L'oggetto della censura non atteneva, invero, al funzionamento del dispositivo offerto dalla controinteressata, bensì alla mancanza, in esso, di un requisito tecnologico fondamentale, prescritto a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

4.8. Hospira Italia s.r.l. deduce, in particolare, di non avere mai contestato il funzionamento della valvola di non ritorno presente sul deflussore, bensì il fatto che

tale valvola non fosse presente sulla prolunga, come era espressamente previsto dalla *lex specialis*.

4.9. Ciò che, a giudizio di Hospira Italia s.r.l., avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante alla necessaria esclusione di Medisan Sud s.r.l. dalla gara.

4.10. Il disciplinare tecnico, alle pp. 8-9, disponeva in modo chiaro che le prolunghie avrebbero dovuto essere dotate, tra l'altro, di valvola di non ritorno.

4.11. Tale valvola serve per evitare pericolosi rischi di errata miscelazione dei farmaci antitumorali, antitumorali fotosensibili e fotosensibili-taxani che, tramite le prolunghie medesime, devono essere somministrati ai pazienti, sicché l'imprescindibilità della presenza di un simile dispositivo di sicurezza ai fini dell'ammissione alla gara risulterebbe evidente.

4.12. Invece, come emerge anche dalle difese dell'Amministrazione resistente in prime cure, tutti i *set* offerti da Medisan Sud s.r.l. per le suddette voci, contraddistinti dai nn. di riferimento 76.4853 (Voce 8), 76.4886 (Voce 9) e 76.4889 (Voce 10), possiedono semplicemente una «*valvola aperto/chiuso che si apre quando si connette la siringa e si chiude quando viene disconnessa*» e, cioè, un dispositivo del tutto differente rispetto alla valvola di non ritorno, che serve esclusivamente per soddisfare il diverso requisito, parimenti prescritto a pena di esclusione dal disciplinare tecnico, di consentire l'«*accesso senz'aghi per l'inserimento del farmaco nel flacone/sacca*».

4.13. La valvola di non ritorno, invece, è presente solo sul deflussore principale del dispositivo offerto da Medisan Sud s.r.l.

4.14. Il primo giudice avrebbe singolarmente ritenuto, in adesione alla tesi sostenuta dalla stazione appaltante, che la sopra richiamata previsione della *lex specialis* doveva interpretarsi nel senso di imporre la presenza della valvola in questione sul dispositivo complessivamente considerato, essendo indifferente il suo posizionamento.

4.15. Ma tale interpretazione sarebbe inaccettabile, secondo Hospira Italia s.r.l., perché verrebbe a modificare illegittimamente *ex post* la disciplina di gara.

4.16. La sentenza impugnata, d'altro canto, meriterebbe riforma anche laddove ha ritenuto inconferente il richiamo all'art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006.

4.17. Una volta emersa la differenza oggettivamente esistente tra il prodotto offerto dall'aggiudicataria e le prescrizioni della *lex specialis*, infatti, la Commissione di gara non avrebbe *motu proprio* ritenere che la presenza della valvola di non ritorno sul solo deflussore principale, al quale va collegata la prolunga, fosse sufficiente per assicurare un risultato equivalente a quello richiesto tramite la specifica introdotta dal disciplinare tecnico.

4.18. Quand'anche volesse ritenersi che ciò sia vero – e così non è, secondo l'appellante, a cagione della oggettiva diversità tecnica dei due sistemi e «della maggiore sicurezza che la presenza della valvola di non ritorno sulla prolunga è in grado di assicurare» (p. 12 del ricorso) – avrebbe dovuto essere Medisan Sud s.r.l. a dimostrare, nella presentazione dell'offerta, l'equivalenza, segnalandolo, ai sensi dell'art. 6 del disciplinare di gara, con separata dichiarazione allegata all'offerta.

4.19. Ma Medisan Sud s.r.l., al contrario, non ha presentato alcuna dichiarazione di equivalenza, ai sensi dell'art. 68, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, né ha dimostrato in offerta che la presenza della valvola di non ritorno sul solo deflussore principale, anziché sulla prolunga, fosse in grado di assicurare un risultato equivalente a quello richiesto dalla *lex specialis*.

4.20. In applicazione delle previsioni di cui all'art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 e del fondamentale principio di *par condicio* tra i partecipanti, in conclusione, doveva essere Medisan Sud s.r.l. a dimostrare l'effettiva equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello diverso richiesto dalla *lex specialis*, non potendo la Commissione di gara sostituirsi in questa operazione al concorrente rimasto inerte.

4.21. La tesi dell'appellante, pur suggestiva, non merita accoglimento.

4.22. Nei sistemi prodotti dal gruppo Codan, quali sono quelli offerti da Medisan Sud s.r.l., le cc.dd. valvole di non ritorno sono incorporate nei deflussori anziché nei *set* di connessione.

4.23. Tale configurazione, pur rendendo il prodotto più oneroso, ne assicura tuttavia una resa qualitativa non diversa per la ragione che la valvola di non ritorno, più vicina alla linea principale, consente un'azione di risciacquo rapida ed efficace analoga, se non superiore, all'altra tipologia di prodotto.

4.24. Gli operatori del settore, comunque, sanno bene che entrambe le tipologie di prodotto – quelle con le valvole incorporate sui deflussori e quelle con le valvole incorporate sulla prolunga – sono disponibili sul mercato, con identica funzionalità tecnica, ed entrambe infatti sono comunemente e indifferentemente accettate nelle gare di appalto come quella di cui si controverte.

4.25. La piena rispondenza del prodotto offerto da Medisan Sud s.r.l. alle prescrizioni di gara, non a caso, è stata accertata dalla Commissione di gara nelle riunioni riservate dell'11 novembre 2015 e del 14 dicembre 2015 (verbali n. 3 e n. 5, docc. 7 e 9 fasc. parte ricorrente in primo grado), come ha opportunamente ricordato il primo giudice, e l'esito di tali operazioni preliminari, dopo l'accurata verifica delle caratteristiche della valvola rispetto al mantenimento del circuito chiuso, è stato favorevole per Medisan Sud s.r.l.

4.26. Le risultanze dei verbali di gara non sono state, sul punto, minimamente contestate dalla stessa appellante, che anche in questa sede continua ad invocare l'essenzialità della presenza della valvola sulla prolunga anziché, come è nel prodotto presentato dall'aggiudicataria, sul deflussore principale.

4.27. Ma la tesi dell'appellante non può essere seguita nemmeno sul punto perché il posizionamento della valvola sulle prolunghe non era elemento essenziale dell'offerta, a differenza di quanto essa sostiene, giacché Hospira Italia s.r.l. non ha dimostrato affatto che il posizionamento sulle prolunghe costituisse una indicazione



di minima tale da incidere sulla funzionalità del prodotto e da renderlo inidoneo alla funzionalità richiesta.

4.28. Vano è invocare il mero dato letterale del capitolato tecnico, alle pp. 8-9, quando non si è offerta alcuna dimostrazione che il differente posizionamento della valvola di non ritorno sul deflussore principale renderebbe il prodotto di Hospira Italia s.r.l. *incomparabilmente diverso* da quello richiesto dal capitolato.

4.29. Non vi è dubbio che tale prodotto possedesse la valvola di non ritorno, benché posizionata sul deflussore principale, e che tale differente posizionamento non abbia inciso sulla sua funzionalità, come la Commissione di gara ha acclarato con apposite verifiche il cui esito è rimasto incontestato dalla stessa appellante.

4.30. Non il posizionamento in sé della valvola di non ritorno sulle prolunghe, dunque, ma la sua presenza era la caratteristica minima essenziale prevista dal disciplinare tecnico, che ha fatto riferimento alle prolunghe solo per la circostanza, ben nota ad un operatore del settore come Hospira Italia s.r.l., che queste possono trovarsi, nei prodotti sul mercato, tanto sul deflussore principale quanto, *e almeno*, sulla prolunga.

4.31. La previsione del disciplinare tecnico, in questo senso, è stata correttamente interpretata dal T.A.R. per la Puglia e deve essere correttamente interpretata ispirandosi al criterio della massima apertura alla concorrenza e non già secondo una angusta, restrittiva, formalistica, anticoncorrenziale lettura della *lex specialis* che svisciva il senso delle sue previsioni, intese a prevedere solo, come detto, l'essenziale presenza della valvola di non ritorno e non già del suo posizionamento.

4.32. Di qui, per le ragioni esposte, la reiezione del motivo, non ravvisandosi, peraltro, alcuna violazione dell'art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 nella mancata dimostrazione, da parte dell'aggiudicataria, di una equivalenza rapportata ad una caratteristica non essenziale dell'offerta, la cui rispondenza in tutto e per tutto alle

previsioni del capitolato speciale, quanto al mantenimento del circuito chiuso, era stata accuratamente verificata, con esito positivo, dalla Commissione di gara.

5. Con il secondo motivo (pp. 15-19 del ricorso) l'odierna appellante intende dimostrare, anche attraverso delle esemplificazioni grafiche delle schede tecniche dei prodotti offerti da Medisan Sud s.r.l. (pp. 17-18 del ricorso), che la sentenza impugnata avrebbe errato, respingendo il terzo motivo dell'originario ricorso, nel ritenere che i dispositivi offerti dall'aggiudicataria soddisfacessero i requisiti minimi richiesti dal disciplinare tecnico quanto alla voce 1, *deflussore sterile monouso per infusione tramite pompa di farmaci e lipidi*, e quanto alla voce 2, *deflussore sterile monouso per infusione tramite pompa di farmaci incompatibili per il PVC*, quando invece tali deflussori non disporrebbero della richiesta seconda via con attacco *luer-lock*.

5.1. Un simile assunto, secondo il primo giudice, è smentito dalla stessa scheda tecnica del prodotto (p. 10 della sentenza impugnata).

5.2. Hospira Italia s.r.l. contesta tale motivazione e, riproducendo appunto – come accennato – le schede tecniche dei prodotti offerti da Medisan Sud s.r.l., deduce che su entrambi i deflussori sarebbe presente un solo attacco *luer-lock*, denominato nella scheda stessa “*Adattatore LL senz'ago SWAN LOCK*”.

5.3. Il deflussore offerto dall'aggiudicataria, secondo l'appellante, soddisferebbe solo il requisito minimo di essere dotato di «*tubo trasparente dotato di punto di iniezione a Y distale per somministrazioni in bolo o come accesso di emergenza*», ma non quello di avere una seconda via con attacco *luer-lock*.

5.4. Contrariamente a quanto ha ritenuto il T.A.R. per la Puglia, dunque, il prodotto offerto da Medisan Sud s.r.l. non soddisferebbe, neppure sotto questo profilo, i requisiti tecnici minimi prescritti a pena di esclusione dal disciplinare tecnico.

5.5. Ciò avrebbe determinato anche una rilevante distorsione del confronto concorrenziale in sede di gara per la ragione che i deflussori a singola via presentano costi decisamente inferiori rispetto al deflussore richiesto dalla *lex specialis*, sicché

Medisan Sud s.r.l. ha potuto offrire un prodotto a prezzo più basso rispetto ad Hospira Italia s.r.l., che pure nel proprio listino ha soluzioni analoghe a quelle proposte dalla controinteressata e, cioè, a singola via e senza una seconda via con attacco *luer-lock*.

5.6. La censura è anch'essa destituita di fondamento.

5.7. Il dispositivo della casa produttrice Codan, infatti, è strutturato in modo tale che l'accesso principale (c.d. prima via) viene inserito nel contenitore del farmaco, attraverso il perforatore (c.d. *spike*), mentre il secondo accesso – appunto la c.d. seconda via con attacco *luer-lock* – avviene in presenza dell'adattatore senza ago (indicato, come visto, con “*Adattatore LL senz'ago SWAN LOCK*” nella scheda tecnica).

5.8. La presenza della c.d. seconda via – dato, questo, fondamentale, del tutto taciuto dall'appellante – è stata accertata del resto, anche per tale aspetto, accertata dalla Commissione di gara nel già citato verbale n. 5 del 14 dicembre 2015 (doc. 9 fasc. parte ricorrente in primo grado), con puntuale verifica il cui esito positivo, anche in questo caso, non è stato minimamente contestato dall'appellante, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 64, comma 2, c.p.a.

6. Infine, con il terzo motivo (20-23 del ricorso), l'odierna appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata laddove, respingendo il quarto motivo dell'originario ricorso, ha ritenuto che l'Azienda Ospedaliero Universitaria non avesse violato l'art. 82 del d. lgs. n. 163 del 2006 a cagione della forte sproporzione di punteggio tra la fornitura, in regime di somministrazione, dei materiali di consumo, alla quale andavano 80 punti su 100, e il noleggio delle pompe da infusioni, al quale sono stati riconosciuti solo 20 punti su 100.

6.1. Il disciplinare di gara, deduce l'appellante, ha trattato separatamente le due componenti dell'offerta ai fini della valutazione economica e, con una forte sproporzione di punteggio tra queste che non rispecchierebbe nemmeno il loro

effettivo peso economico sul valore complessivo dell'appalto, ha consentito che l'aggiudicazione fosse disposta in favore di un'offerta che non è complessivamente più bassa.

6.2. Una simile ripartizione del punteggio si porrebbe in contrasto con il criterio del prezzo più basso, di cui all'art. 82 citato, perché avrebbe consentito a Medisan Sud s.r.l., che ha presentato un'offerta complessiva pari ad € 781.457,71, di aggiudicarsi la gara a dispetto di Hospira Italia s.r.l., che ha presentato un'offerta complessiva pari ad € 673.942,50.

6.3. Non è in discussione, precisa Hospira Italia s.r.l., la scelta in sé di suddividere l'offerta economica in due distinte voci di prezzo ovvero di attribuire loro un peso diverso, data la diversa incidenza economica nell'appalto.

6.4. Si contesta invece, da parte dell'appellante, l'irragionevolezza derivante dalla forte sproporzione di punteggio tra le due componenti dell'offerta, neppure coerente con il loro effettivo peso economico sul valore complessivo dell'appalto, che ha condotto ad aggiudicare l'appalto all'offerta complessivamente più alta.

6.5. Il primo giudice – dopo aver evidenziato, come ora meglio si dirà, che la ricorrente aveva l'onere di impugnare immediatamente la clausola della *lex specialis* qui contestata – ha ritenuto, nel disattendere la censura, che il criterio di calcolo assunto dall'Amministrazione sarebbe legittimo perché inteso a premiare l'impresa concorrente che ha offerto un ribasso maggiore sulla parte di fornitura che rappresenta il più alto impegno economico per l'Amministrazione (p. 11 della sentenza impugnata) e, cioè, quella relativa alla somministrazione dei materiali di consumo.

6.6. L'appellante oppugna siffatta argomentazione perché sostiene, al contrario, che una tale finalità avrebbe potuto giustificare la scelta operata dalla stazione appaltante se si fosse, per tale via, conseguito un risparmio e non già, come infine è avvenuto,

se si fosse premiata una offerta economica complessiva più onerosa, come quella di Medisan Sud s.r.l.

6.7. Il motivo deve essere dichiarato inammissibile.

6.8. L'appellante non ha impugnato la sentenza nella parte – v. sempre p. 11 – in cui, seppure in forma alquanto sintetica, ha comunque evidenziato che non era stato assolto dalla ricorrente l'onere di immediata impugnazione del bando laddove avrebbe reso illogico il calcolo di convenienza economica da parte delle concorrenti.

6.9. La censura qui in esame, inizialmente proposta in via subordinata con il quarto motivo del ricorso originario, doveva essere proposta immediatamente contro la previsione della legge di gara in ipotesi violativa dell'art. 82 del d. lgs. n. 163 del 2006, nei termini di cui si è detto, per la sua natura immediatamente lesiva dell'interesse della ricorrente a proporre un'offerta ponderata e competitiva sul piano economico.

6.10. Hospira Italia s.r.l. non può legittimamente dolersene, *secundum eventum*, a gara ormai conclusa ed aggiudicata ad altra concorrente.

6.11. La previsione del disciplinare di gara infatti, proprio per il tenore della censura e indipendentemente dall'esito della gara, appariva immediatamente lesiva per la ricorrente, che proprio in base alla sua stessa prospettiva sarebbe stata costretta dalla legge di gara a formulare una offerta asseritamente illogica sul piano della convenienza economica oltre che, come deduce l'appellante (p. 20 del ricorso), asseritamente irragionevole e illogica, per la stessa stazione appaltante, anche rispetto al dichiarato intento di configurare a lotto unico indivisibile.

6.12. Occorre al riguardo rammentare, infatti, che l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico “escludenti”, che prevedono requisiti soggetti di partecipazione (Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1), ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile

la presentazione di una offerta (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180).

6.13. La più recente giurisprudenza segue ormai fermamente tale linea interpretativa (Cons. St., sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491) e, nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, ha a più riprese puntualizzato che, tra le altre, tali sono:

a) le regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (v., in particolare, Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) le previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così, del resto, la già citata pronuncia n. 1 del 29 gennaio 2003 dell'Adunanza plenaria);

c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135);

e) l'imposizione di obblighi *contra ius* (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (quelli relativi, *exempli gratia*, al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate

(come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di “0” punti);

g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (cfr. Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

6.14. Le rimanenti tipologie di clausole asseritamente ritenute lesive devono essere impugnate insieme con l’atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara.

6.15. Non occorre aggiungere altro per comprendere che l’odierna appellante avrebbe dovuto impugnare immediatamente, come il primo giudice ha rilevato *in limine litis*, la previsione qui contestata che rendeva, a suo dire, ragionevolmente impossibile la formulazione di un’offerta economica seria, ponderata, logica e coerente con il principio del prezzo complessivamente più basso.

6.16. Il non avere l’appellante stessa contestato specificamente il pur sintetico rilievo del T.A.R. rende il motivo qui disaminato inammissibile per difetto di interesse, restando precluso al Collegio l’esame di esso nel merito.

7. In conclusione, per i motivi esposti, l’appello deve in parte dichiarato inammissibile e in parte deve essere respinto, secondo le ragioni sopra esposte, con piena conferma della sentenza impugnata.

8. La complessità tecnica della controversia giustifica comunque l’integrale compensazione, tra le parti, delle spese inerenti al presente grado di giudizio.

8.1. Rimane definitivamente a carico dell’odierna appellante il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Hospira Italia s.r.l., lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo respinge, ai sensi di cui in motivazione, e per l'effetto conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Pone definitivamente a carico di Hospira Italia s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2017, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Massimiliano Noccelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Franco Frattini**

IL SEGRETARIO