



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 133 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' Vakutest Kima S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fulvio Lorigiola, Elena Laverda e Giovanni Gabriele Corbucci, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Gabriele Corbucci in Perugia, via Cacciatori delle Alpi, 28;

contro

- Agenzia Umbra Sanita'-Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso l'avv. Donato Antonucci in Perugia, via XIV Settembre, 69;
- Regione Umbria, non costituita in giudizio;

nei confronti di

- Biocor Diagnostica S.r.l., fusa per incorporazione con Gada Italia S.r.l., Rixlab S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Francesco Tassone e Giulia Migliorini, con domicilio eletto presso l'avv. Giulia Migliorini, in Perugia, corso Vannucci n. 30;
- Azienda Ospedaliera di Perugia, Azienda Ospedaliera di Terni, Azienda Sanitaria Locale n. 1 Umbria, Azienda Sanitaria Locale n. 2 Umbria, Azienda Sanitaria Locale n. 3 Umbria, Azienda Sanitaria Locale n. 4 Umbria, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione della concorrente Vakutest Kima s.r.l., disposta dall'A.U.S. nella seduta pubblica in data 8.2.2012 e comunicata con fax del 15.2.2012, dalla fase di apertura delle offerte economiche per mancato superamento della soglia di sbarramento prevista per la valutazione qualitativa dell'offerta tecnica, nella procedura aperta per l'affidamento della fornitura del LOTTO n.1 - "Dispositivi per i prelievi sottovuoto di sangue e urine", indetta con bando di gara spedito alla GUCE in data 3.6.2011;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o conseguenti e segnatamente, della comunicazione 15.2.2012, prot. n. 130, del "verbale n. 3 - Attribuzione punteggi" in data 16.12.2011, dell'art. 6 del Capitolato Speciale nella parte in cui ha prescritto la "clausola di sbarramento" all'apertura dell'offerta economica e del "Verbale n. 1 - Apertura offerta tecnica e campionatura" in data 13.10.2011.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agencia Umbra Sanita' e dell'A.T.I. Biocor Diagnostica S.r.l.- Rixlab S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2013 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, co. 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, azienda italiana operante nella progettazione, produzione e commercializzazione di dispositivi per il prelievo di sangue con vuoto predeterminato, con fatturato per forniture identiche a quelle oggetto della gara pari ad oltre ventotto milioni di euro nell'ultimo triennio, premette di avere partecipato alla procedura aperta indetta con bando pubblicato nella G.U.C.E. in data 3 giugno 2011 dall'Agencia Umbra Sanità-A.U.S. per conto delle Aziende Ospedaliere di Perugia e Terni e delle Aziende Sanitarie Locali nn. 1, 2, 3 e 4 della Regione Umbria per l'affidamento della fornitura di "W-Dispositivi medico diagnostici in vitro-W05 Contenitori e dispositivi IVD consumabili di uso generale", suddivisa in dieci lotti distinti, per il periodo di trentasei mesi, rinnovabile per ventiquattro mesi, dell'importo presunto complessivo annuo di euro 1.391.360,00, al netto degli oneri sulla sicurezza ed IVA.

Ha partecipato, in particolare, alla gara relativa all'affidamento del lotto n. 1, "Dispositivi per i prelievi sottovuoto di sangue ed urine", comprensivo di 54 riferimenti descritti nel Modello offerta economica, dell'importo presunto di euro 798.311,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, presentando la propria offerta, redatta in conformità del disciplinare e del capitolato speciale.

Esponde che il capitolato speciale, all'art. 6, nell'enucleare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha attribuito al "prezzo" punti 50/100 ed alla "qualità" punti 50/100; per la valutazione della "qualità" i cinquanta punti sono stati ripartiti nei seguenti sub-elementi e fattori di ponderazione : provette sottovuoto (massimo 28); aghi e sistemi di sicurezza (massimo 13), sistemi di etichettatura delle provette di prelievo venoso/urine (massimo 9).

L'art. 6 del capitolato aggiunge che «la ditta che nella valutazione qualitativa non avrà raggiunto il punteggio di 26 punti non verrà ammessa alla valutazione del prezzo».

Nella seduta del 6 settembre 2011 l'A.U.S. ha proceduto all'apertura dei plichi ricevuti nel termine, all'apertura della busta "A" ed all'esame della documentazione amministrativa presentata dalle sedici concorrenti; per il lotto n. 1 hanno presentato offerte solo due concorrenti, la ricorrente e l'A.T.I. Biocor Diagnostica S.r.l.-Rixlab S.r.l.

Con nota in data 15 febbraio 2012 veniva comunicato a Vakutest Kima S.r.l. che la sua offerta non aveva superato nella valutazione qualitativa la soglia minima prevista per le motivazioni riportate nel verbale della Commissione giudicatrice del 16 dicembre 2011; in particolare le sono stati attribuiti 24 punti, solo due in meno rispetto alla soglia minima di 26 punti fissata all'art. 6 del capitolato speciale.

Avverso la valutazione qualitativa dell'offerta tecnica e la conseguente non ammissione disposta nella seduta pubblica in data 8 febbraio 2012 deduce i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione del sub-criterio di valutazione qualitativo fissato dall'art. 6 del capitolato speciale per le provette sottovuoto (disponibilità di provette per la coagulazione a riempimento totale e/o con diversi volumi di

aspirazione : 9 punti); eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà della valutazione comparativa effettuata; eccesso di potere per motivazione insufficiente, errata, contraddittoria, ed illogica; eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza, efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Dallo schema allegato al verbale n. 3 in data 16 dicembre 2011 risulta che la Commissione giudicatrice ha espresso, per il sub-elemento in esame, la seguente valutazione tecnica per la ditta Kima : «per rispondere ai diversi volumi la ditta offre diverse tipologie di provette ma non a riempimento totale» (punti 4), e la seguente per l'A.T.I. Biocor-Rixlab : «la ditta offre provette con doppia parete e, variando il lume fra le due pareti, garantisce il riempimento totale al variare dei lumi» (punti 8).

Detta valutazione è errata, illogica e contraddittoria; le norme UNI EN 14820 e ISO 6710 dettate per i “contenitori monouso per la raccolta di campioni di sangue venoso” prescrivono che nei contenitori con additivi deve esserci uno spazio libero minimo per consentire l'adeguata miscelazione del sangue aspirato con l'additivo già presente nella provetta, pari ad almeno il +25% (per le provette da 0,5 a 5 ml.), ovvero il +15% (per le provette di oltre 5 ml) della capacità nominale indicata nella provetta.

Le provette offerte dalla ricorrente e dalla controinteressata rispettano le norme UNI EN 14820 e ISO 6710, come attestato nelle singole schede tecniche relative a ciascun prodotto offerto; ergo, le forniture offerte non sono e non potevano essere “a riempimento totale”, garantendo entrambe lo “spazio libero minimo” per l'adeguata miscelazione prescritto dalle richiamate norme di riferimento, il cui rispetto è stato imposto dalla stessa *lex specialis* di gara.

E' evidente, quindi, che la Commissione giudicatrice, a fronte di due prodotti identici per essere entrambi, necessariamente, non a riempimento totale, ha del tutto ingiustificatamente penalizzato Kima, negando ben quattro punti riconosciuti invece all'A.T.I. Biocor-Rixlab.

In sintesi, le provette Vakutest offerte dalla ricorrente assicurano, anche con volumi di aspirazione ridotti, il corretto ed esatto riempimento nel limite segnato dalla tacca, con una tolleranza pari al +/- 2%, di gran lunga inferiore a quella del +/- 10% offerta dalla ditta concorrente; doveva dunque conseguire un punteggio almeno identico (8 punti), se non superiore (9 punti) a quello assegnato a quest'ultima.

2) Violazione del sub-criterio di valutazione qualitativo fissato dall'art. 6 del capitolato speciale per i “sistemi di etichettatura delle provette di prelievo venoso/urine”-“Modalità di produzione del box/kit provette, la gestione dei kit/box, di gestione stampa etichette e la produttività oraria”; eccesso di potere per manifesta erroneità, illogicità e contraddittorietà della valutazione comparativa effettuata dalla Commissione giudicatrice sulle due offerte tecniche in gara; eccesso di potere per erronea rappresentazione o travisamento dei fatti; eccesso di potere per motivazione errata, contraddittoria ed illogica; eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza, efficacia ed imparzialità; violazione dell'art. 97 della Costituzione.

La società ricorrente, a tale riguardo, ha presentato, nell'ambito dell'offerta tecnica, l'apposita relazione tecnica del sistema di etichettatura per il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza in relazione al prelievo venoso/urine, in cui ha descritto puntualmente tutte le caratteristiche generali e specifiche delle apparecchiature brevettate Seac e Radim Company proposte, conformi a quelle prescritte dal capitolato (art. 4, lett. c, C.S.A.).

Dallo schema allegato al verbale n. 3 del 16 dicembre 2011 risulta che la Commissione giudicatrice ha espresso, per il sub-elemento in esame, la seguente valutazione comparativa : per la ditta Kima «il sistema produce un'etichetta barcodata e ha bisogno di un secondo passaggio/operatore per produrre le provette etichettate. Ne consegue minore semplificazione della procedura e minore economia di scala» (punti 3); per l'A.T.I. Biocor-Rixlab «il sistema produce in unico passaggio box con provette già etichettate. Ne consegue massima semplificazione della procedura

e massima economia di scala» (punti 8).

Invero, la valutazione è del tutto errata, in quanto il sistema Sprintlab utilizzato dalla ricorrente produce, in unica soluzione, tutte le etichette barcodeate necessarie per l'identificazione del paziente; doveva dunque, anche in questo caso, esserle attribuito il punteggio massimo previsto dalla normativa di gara per il sub-elemento di valutazione in esame.

3) Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza manifesta, per violazione del principio di trasparenza, efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 della Costituzione; sviamento di potere, nella considerazione che, essendo la società ricorrente fornitrice da anni della provetta per il prelievo venoso a molteplici aziende sanitarie, anche della stessa Regione Umbria, appare bene strano che questa stessa provetta non abbia superato, nella procedura indetta dall'A.U.S., neppure la soglia tecnico-qualitativa minima di 26 punti fissata dal capitolato per l'ammissione all'apertura dell'offerta economica. Le clausole di sbarramento sono infatti funzionali ad escludere dalla competizione quelle offerte che risultino complessivamente inadeguate, ovvero al di sotto degli standard minimi qualitativi rispetto alla funzione cui la fornitura oggetto dell'appalto è destinata.

4) In subordine : violazione dell'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per difetto di motivazione, incongruità ed irrazionalità della clausola di sbarramento prevista dall'art. 6 del capitolato speciale rispetto all'appalto; violazione del principio della massima partecipazione e concorrenzialità; illegittimità derivata dalla disposta esclusione, assumendosi che la clausola di sbarramento determinata nel punteggio minimo per la qualità di 26 punti dei 50 previsti per detto elemento di valutazione appare del tutto incongrua, e non appropriata rispetto alla fornitura in esame. In base alla *lex specialis* di gara, i dispositivi per il prelievo oggetto della fornitura dovevano possedere le "caratteristiche di minima" indicate dall'art. 4 del capitolato speciale ed inoltre essere conformi alle norme di riferimento CLSI, alle norme ISO 6710 e UN EN 14820, agli standard europei EN550, EN552, EN554 ed EN556 e recare il marchio CE; imporre un ulteriore sbarramento, stabilendo l'automatica esclusione dei concorrenti che non avessero raggiunto, nel giudizio di qualità, rimesso alla valutazione discrezionale della Commissione, almeno 26 dei 50 punti attribuibili, risulta palesemente incongruo e contraddittorio, in quanto l'idoneità nel suo complesso della fornitura offerta deve ritenersi già insita nel possesso degli standard minimi preliminarmente richiesti dalla normativa di gara. Si aggiunga che l'art. 83, comma 2, del codice dei contratti pubblici prevede che lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento qualità cui si riferisce deve essere appropriato.

5) In ulteriore subordine : violazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle procedure di evidenza pubblica, in quanto, come si desume dal "verbale n. 1-apertura offerta tecnica e campionatura" in data 13 ottobre 2011, l'apertura delle buste "B" contenenti l'offerta tecnica delle due partecipanti alla gara per l'affidamento del lotto n. 1 è stata effettuata dalla Commissione giudicatrice in seduta riservata, in palese violazione del rubricato principio di trasparenza, come interpretato da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13.

Si è costituita in giudizio l'Agenzia Umbra Sanità-A.U.S. controdeducendo alle censure avversarie e chiedendone la reiezione.

Si sono altresì costituite in giudizio le società Gada Italia S.r.l. (quale incorporante della Biocor Diagnostica S.r.l.) e Rixlab S.r.l. chiedendo la reiezione del ricorso; le stesse hanno altresì, con separato atto, proposto ricorso incidentale, allegando che la società ricorrente principale, per quanto è dato evincere dalla relazione tecnica allegata all'offerta e costituentene parte integrante, ha formulato un'offerta con soluzioni alternative senza che la *lex specialis* di gara consentisse espressamente tale possibilità, ponendosi in evidente violazione con il cd. principio di "unicità" dell'offerta, nonché con il principio che vieta la possibilità di formulare offerte con soluzioni alternative. Si tratta, in particolare, dell'offerta di provette sottovuoto in PET della misura richiesta di 13x75 mm.

con citrato al 3,2% con quattro diversi volumi di aspirazione, ovvero della disponibilità a fornire provette con Na citrato 13x1000 mm. con capacità nominale di 5ml., ovvero provette con molarità 0,129 del sodio citrato; le provette da ultimo indicate risultano essere vere e proprie alternative di prodotto rispetto a quelle espressamente richieste dal capitolato, comportando per Kima un indebito vantaggio tecnico-qualitativo, costituente autonoma causa di esclusione, in espressa violazione di quanto disposto dal disciplinare di gara, alla pagina 5.

Assume particolare rilievo la diversa molarità comportante diverse curve di calibrazione; non è possibile al contempo lavorare con provette 13x75 e provette 13x100 che abbiano diversa molarità.

La Stazione appaltante avrebbe dunque dovuto escludere la ricorrente principale non solo per il mancato superamento della soglia di sbarramento, ma, ancora prima, per la presentazione di un'offerta con soluzioni alternative non consentite dalla normativa vigente, e neppure dalla *lex specialis*.

La ricorrente principale ha poi esperito il seguente motivo aggiunto/integrativo : violazione dell'art. 4 del capitolato speciale, nella parte in cui prevede le "caratteristiche di minima" dei dispositivi di prelievo venoso/urine; violazione del sub-criterio di valutazione qualitativo fissato dall'art. 6 del capitolato speciale per le provette sottovuoto-"Disponibilità di provette per la coagulazione a riempimento totale e/o con diversi volumi di aspirazione" (9 punti); eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà della valutazione comparativa effettuata; eccesso di potere per motivazione insufficiente, errata, contraddittoria ed illogica; eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza, efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 della Costituzione; difetto assoluto di istruttoria in ordine alle caratteristiche tecniche dell'offerta Vakutest Kima S.r.l.

Ad integrazione del primo motivo del ricorso principale, va precisato che oggetto della valutazione comparativa sono esclusivamente le provette sottovuoto con additivo sodio citrato di cui al riferimento 4 del lotto, in quanto unico dispositivo di prelievo anticoagulante del lotto richiesto con "vari volumi di aspirazione". In base al capitolato speciale le provette sottovuoto per il prelievo dovevano possedere le prescritte caratteristiche di minima, che la Commissione ha dichiarato di avere preliminarmente verificato sussistere in capo ad entrambe le offerte concorrenti nella seduta riservata del 9 dicembre 2011.

Dall'esame dell'offerta tecnica della controinteressata è emerso che, diversamente da quanto supposto nel ricorso, il prodotto offerto dall'A.T.I. Biocor-Rixlab è costituito da due provette "BD Vacutainer" con sodio citrato (3,2%-0,109M) di dimensioni 13x75 mm.; si tratta dunque di provette che, al pari di quelle della ricorrente, non potevano essere a riempimento totale, in quanto garantiscono lo spazio libero minimo imposto dalla normativa di riferimento pari al 25% della capacità nominale di ciascuna necessario per consentire la miscelazione del sangue con l'additivo. L'A.T.I. controinteressata ha offerto solamente due prodotti con ridotti volumi di aspirazione (da 2,7 e da 1,8), mentre Vakutest Kima ha offerto ben quattro articoli con diversi volumi di aspirazione (da 3,6 ml., da 3,15 ml., da 2,25 ml., e da 1,8 ml.).

L'offerta della controinteressata non rispetta le caratteristiche di minima richieste dall'art. 4 del capitolato speciale, in quanto la "tacca od indicatore di riempimento" non è indicata sull'etichetta, ma con un segno goffrato trasparente realizzato direttamente sulla superficie interna della provetta in PET, difficilmente visibile; tale prodotto "BD Vacutainer" non poteva dunque essere neppure valutato, dovendo dunque vedersi attribuiti punti 0.

Con un secondo atto di motivi aggiunti la Vakutest Kima S.r.l. espone che in data 9 maggio 2012 l'A.U.S. ha dato ottemperanza all'ordinanza cautelare 4 aprile 2012, n. 43 di questo Tribunale Amministrativo, provvedendo all'apertura dell'offerta economica Vakutest ed all'attribuzione del punteggio alle due offerte economiche in gara; l'A.T.I. Biocor-Rixlab ha avuto assegnati punti 29,21, mentre la Vakutest Kima 50 punti; sommando tale punteggio a quello attribuito per l'offerta tecnica, è risultato un punteggio complessivo di 76,21 alla controinteressata, e di 74

alla ricorrente, con uno scarto, dunque, di soli punti 2,21.

Deduce in particolare il seguente motivo integrativo : violazione della *lex specialis* di gara (modello offerta economica allegato al disciplinare contenente la descrizione dei n. 54 prodotti richiesti oggetto del lotto n. 1) nella parte in cui descrive il riferimento n. 4 del lotto richiesto; violazione del sub criterio di valutazione qualitativo fissato dall'art. 6 del capitolato speciale per le provette sottovuoto-“Disponibilità di provette per la coagulazione a riempimento totale e/o con diversi volumi di aspirazione” (9 punti); eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà della valutazione comparativa effettuata; eccesso di potere per motivazione insufficiente, errata, contraddittoria ed illogica; eccesso di potere per violazione del principio di trasparenza, efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 della Costituzione; difetto assoluto di istruttoria in ordine all'offerta Vacutest Kima S.r.l.; sviamento di potere.

Ad integrazione, ancora una volta, del primo motivo del ricorso introduttivo, esaminando l'offerta tecnica rilasciata in sede di ostensione documentale, si è riscontrato che il prodotto offerto dall'A.T.I. controinteressata è solo quello dalla stessa identificato con il codice 363079-fomitrice Rixlab S.r.l.; si tratta dunque di una sola provetta con sodio citrato con molarità 0,129M corrispondente al 3,8% e volume di aspirazione ridotto da 2,7 ml.

Ne discende che detta offerta (provetta “BD Vacutainer”-codice 363079- fomitrice Rixlab S.r.l.) non poteva, in radice, essere valutata dalla Commissione e non poteva avere assegnato alcun punteggio per l'elemento di valutazione “Disponibilità di provette per la coagulazione a riempimento totale e/o con diversi volumi di aspirazione” (max 9 punti), posto che non solo è priva di un requisito minimo prescritto dal capitolato (tacca di riempimento sull'etichetta apposta), ma, ancora prima, perché non corrisponde all'articolo richiesto in gara, il quale, come detto, era costituito da una provetta con anticoagulante sodio citrato 3,2%-0,109M, e non sodio citrato 3,8%-0,129M.

In ogni caso, ove, per ipotesi, una siffatta offerta fosse ritenuta ammissibile e valutabile, nel confronto comparativo afferente detto elemento di valutazione, il prodotto offerto da Vakutest Kima S.r.l. doveva incontestabilmente ricevere un maggiore punteggio rispetto a quello attribuito all'A.T.I. Biocor-Rixlab (8 punti), e dunque 9 punti, cui consegue l'automatica aggiudicazione della gara.

Il ricorso ed i due motivi aggiunti sono stati riassunti nei confronti dell'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, in considerazione del fatto che l'art. 59 della l.r. Umbria n. 18 del 2011, nel disporre la soppressione dell'A.U.S. con effetto dal primo gennaio 2013, prevede il subentro dell'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni nel rapporto afferente il procedimento amministrativo non concluso alla predetta data.

All'udienza del 19 giugno 2013, all'esito della produzione di ulteriori scritti difensivi, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Come concordato tra le parti, e risultante dal verbale di udienza, le parti stesse hanno provveduto, in data 23 luglio 2013, a depositare un contributo istruttorio congiunto.

DIRITTO

1. - Va anzitutto disatteso il ricorso incidentale “escludente” esperito dalle società controinteressate allegando un ulteriore motivo che avrebbe dovuto portare all'esclusione della Vakutest Kima S.r.l. dalla gara, consistente nel fatto che, secondo quanto inferibile dalla relazione tecnica, avrebbe formulato un'offerta con soluzioni alternative, in violazione del principio di “unicità” dell'offerta, ribadito anche dal disciplinare di gara, alla pagina 5, ipotizzandosi, da parte della stessa, (oltre all'offerta di provette sottovuoto in PET della misura richiesta di 13x75 mm. con citrato al 3,2% con quattro diversi volumi di aspirazione) anche l'offerta di fomitura di provette con Na citrato 13x100 mm. con capacità nominale di 5 ml., ovvero, ancora, provette con molarità 0,129 di sodio citrato.

Ed invero, anche a prescindere dall'eccepta tardività del ricorso incidentale, dal modello dell'offerta economica

(copia offerta senza prezzi) inserito nell'offerta tecnica, dalle schede tecniche e dall'offerta economica della Vakutest si evince chiaramente che, con riguardo al punto n. 4, la ricorrente principale ha offerto solamente quattro provette di dimensione 13x75 mm. con anticoagulante sodio citrato 3,2% (0,105-0,109 M), con quattro distinti volumi di aspirazione identificati dai seguenti codici : 14635, 14074, 14084 e 14574.

Non è dunque configurabile alcuna offerta alternativa, non assumendo in tale prospettiva alcun rilievo, con riguardo al lotto oggetto di gara, quanto affermato nella relazione tecnica, ove, una volta precisato che «nell'offerta sono state proposte e campionate 4 provette con volumi totali, da 2 ml., da 2,5 ml., da 3,5 ml. e 4 ml. nella misura 13x75 mm.», viene pleonasticamente aggiunto che «sono disponibili anche provette con Na citrato nella misura 13x100 volume totale 5 ml.», nonché che «sono disponibili le stesse provette con molarità 0,129 del sodio citrato».

2. - Procedendo ora alla disamina del ricorso principale, con il primo motivo e con i (primi e secondi) motivi aggiunti, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro complementarietà, si deduce principalmente la violazione, da parte della Commissione giudicatrice, del sub-criterio di valutazione qualitativo fissato dall'art. 6 del capitolato speciale per le provette sottovuoto, costituito dalla "disponibilità di provette per la coagulazione a riempimento totale e/o con diversi volumi di aspirazione", in quanto nel giudizio comparativo espresso nel verbale in data 16 dicembre 2011 sono stati attribuiti solamente 4 punti alla società ricorrente ed invece 8 punti all'A.T.I. Biocor-Rixlab sulla base dell'erronea presupposizione che la prima abbia offerto provette non a riempimento totale, laddove tale requisito caratterizza tutte le provette offerte, le quali, alla stregua della normativa vigente, nonché della *lex specialis* di gara, ed in particolare dell'art. 4 del capitolato speciale enucleante le "caratteristiche di minima" (pagg. 4 e 5), devono possedere uno spazio libero minimo per la miscelazione del sangue prelevato con l'additivo (sodio citrato) già presente nella provetta; anzi, le provette (ben quattro) offerte dalla Vacutest assicurano un riempimento superiore rispetto a quello della concorrente; inoltre la provetta offerta dalla controinteressata (BD Vacutainer-codice 363079) non rispetta le caratteristiche di minima richieste dalla *lex specialis*, non risultando indicata nell'etichetta la "tacca od indicatore di riempimento", ed inoltre avendo un anticoagulante diverso da quanto richiesto dalla *lex specialis* (sodio citrato 3,2%-0,109M), e cioè sodio citrato 3,8%-0,129M, con volume di aspirazione da 2,7 ml.; doveva dunque essere esclusa dalla gara, o comunque conseguire un punteggio decisamente inferiore.

Le parti resistenti sottolineano invece che la differenza di punteggio tra le due offerte trova la propria giustificazione nel fatto, costituente una peculiarità dal punto di vista ingegneristico, che la provetta dell'A.T.I. Biocor-Rixlab è costituita da una parete interna in polipropilene e da una parete esterna in polietilene; la saldatura, poi, delle due pareti conferisce a tale provetta la massima tenuta del vuoto, l'ottimale conservazione del rapporto anticoagulante e l'appropriato rapporto additivo liquido e sangue; in tale modo si raggiunge il risultato del "riempimento totale" (in senso relativo, fino ad un livello standard, e non assoluto, cioè fino al colmo), che invece mancherebbe ai prodotti offerti dalla Vacutest Kima, pur caratterizzati da diversi volumi di aspirazione (almeno con riguardo alle provette da 2,5 e 2 ml. che hanno la linea indicatrice di riempimento a metà circa, e non alla stessa altezza delle provette per i prelievi standard da 4 ml.).

L'A.U.S., anche a mezzo della relazione tecnica del dr. Laureti, versata in atti, aggiunge, ancora, che la linea di indicazione di riempimento "grovata" (cui si aggiunge comunque quella stampata sull'etichetta) delle provette BD Vacutainer è conforme ai "requisiti di minima" previsti dall'art. 4 del capitolato speciale, ed anzi risulta più funzionale allo scopo.

Questa differenziata prospettazione delle parti in ordine alle caratteristiche delle provette offerte, afferente ai presupposti in fatto della valutazione tecnica, richiede, ad avviso del Collegio, un approfondimento istruttorio che può essere demandato all'Istituto Superiore di Sanità, ed in particolare al Dipartimento o Centro con maggiori

competenze in questo campo, che è chiamato ad espletare una verifica tecnica concernente la conformità, nonché, più verosimilmente, il livello o grado di conformità delle provette sottovuoto rispettivamente offerte dalla Vakutest Kima S.r.l. (ricorrente principale) e dalla controinteressata A.T.I. Biocor Diagnostica S.r.l. (oggi, Gada Italia S.r.l.) e Rixlab S.r.l. alla *lex specialis*, ed in specie alle previsioni degli artt. 4 e 6 del capitolato speciale.

3. - Analoga esigenza istruttoria si impone con riguardo al secondo motivo di ricorso, mediante il quale si deduce l'illegittimità del giudizio espresso con riguardo ai "Sistemi di etichettatura delle provette di prelievo venoso/urine"- "Modalità di produzione del box/kit provette, la gestione dei kit/box, di gestione stampa etichette e la produttività oraria", ad avviso della ricorrente erroneo nella parte in cui le attribuisce tre punti (a fronte degli 8 in favore dell'A.T.I. controinteressata) nell'assunto, dalla medesima contestato, che «il sistema produce una etichetta barcodata e ha bisogno di un secondo passaggio/operatore per produrre le provette etichettate. Ne consegue minore semplificazione della procedura e minore economia di scala».

In particolare, deduce la società ricorrente che il sistema Sprintlab, dalla stessa adottato, produce le etichette automaticamente in un unico passaggio, senza alcun intervento dell'operatore, e risulta dunque più semplice garantendo maggiori economie di scala rispetto a quello offerto dalla controinteressata.

Le parti resistenti, da parte loro, allegano che lo strumento etichettatore offerto dalla ricorrente non garantisce la sicurezza, anche nell'identificazione del paziente, consistendo nel libero rilascio di provette nel cassetto della macchina, a differenza di quello della controinteressata, che si basa su di un kit-box sigillato con un film trasparente.

Anche in questo caso l'Istituto verificatore è chiamato a valutare la conformità, o, più verosimilmente, il livello o grado di conformità dei sistemi di etichettatura delle provette rispettivamente offerti dalla Vakutest Kima S.r.l. (ricorrente principale) e dalla controinteressata A.T.I. Biocor Diagnostica S.r.l. (oggi, Gada Italia S.r.l.) e Rixlab S.r.l. alla *lex specialis*, ed in specie alle previsioni degli artt. 4 e 6 del capitolato speciale.

4. - Il terzo mezzo deduce l'irragionevolezza dell'esclusione della società ricorrente per mancato superamento della soglia tecnico-qualitativa, in un contesto in cui la Vakutest è fornitrice di tante aziende ospedaliere, anche nella Regione Umbria, ciò significando l'idoneità della provetta utilizzata per il prelievo venoso; con il quarto motivo si censura poi, seppure in via subordinata, la clausola di sbarramento prevista dall'art. 6 del capitolato speciale, determinata nel punteggio di 26 sui 50 punti previsti per il lotto n. 1, e quindi in misura asseritamente illogica, in quanto superiore alla metà del punteggio attribuito alla "qualità".

Le censure, che possono essere trattate congiuntamente in quanto tra loro complementari, non appaiono meritevoli di positiva valutazione.

Sotto il primo profilo, è sufficiente evidenziare che ogni gara si basa su determinati presupposti, evincibili dalla *lex specialis*, che la rendono autonoma e non confrontabile con pregressi rapporti contrattuali, stipulati all'esito di una differente procedura di valutazione comparativa concorsuale, senza che dunque possa ravvisarsi un effettivo sviamento di potere.

Per quanto concerne, invece, la legittimità della clausola di sbarramento, osserva il Collegio che, in generale, la stessa è funzionale alla semplificazione della procedura, in quanto consente di non considerare quelle offerte che non posseggono i predeterminati standards qualitativi, ritenuti necessari per la regolare esecuzione del contratto.

La previsione di clausole di sbarramento, ora espressamente contemplata dall'art. 83, comma 2, del codice dei contratti pubblici, risponde comunque ad una prassi preesistente, e ritenuta legittima dalla giurisprudenza prevalente, in quanto espressione di una facoltà discrezionale riconosciuta alla Stazione appaltante in ordine alla determinazione dei fattori di incidenza dei singoli elementi dell'offerta per la scelta di quella più vantaggiosa (Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6835; Sez. V, 3 marzo 2004, n. 1040).

La clausola di sbarramento prevista nel capitolato, pari a 26 su 50 punti, fatta oggetto di impugnazione con il presente ricorso, non evidenzia uno scarto inappropriato rispetto all'elemento cui si riferisce la soglia, in quanto appena superiore alla metà, e non è dunque manifestamente irragionevole, e perciò sindacabile in sede giurisdizionale (Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6084; Sez. VI, 15 novembre 2011, n. 6023). Essa esprime infatti una scelta volta privilegiare offerte particolarmente apprezzabili sotto il profilo tecnico, in conformità con la logica che informa il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma al contempo non tale da pregiudicare una qualificata partecipazione alla gara.

Diversamente, sarebbe stato in caso di soglia basata su medie calcolate sulle offerte in gara, che potrebbe prestarsi a palesi distorsioni.

5. - Con l'ultimo mezzo di gravame si allega, in via ulteriormente gradata, la violazione dei principi di trasparenza e pubblicità delle procedure di evidenza pubblica, nella considerazione che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica è avvenuta in sede riservata, come si evince dal verbale n. 1 del 13 ottobre 2011, invocandosi il precedente di Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13.

Anche tale motivo non merita apprezzamento, a prescindere anche dall'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione della società ricorrente, in quanto esclusa dalla gara, peraltro ancora senza che sul punto (*melius*, sulla legittimità di tale esclusione) si sia avuta una statuizione giudiziale.

Seppure, infatti, la predetta sentenza dell'Adunanza Plenaria ha stabilito che anche l'offerta tecnica deve essere aperta in seduta pubblica, trattandosi di un'operazione che, come per la documentazione amministrativa e l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento, va rilevato che l'art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (convertito nella legge 6 luglio 2012, n. 94) ha stabilito l'applicabilità dell'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche anche per le gare in corso, ma solamente «ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012» (di entrata in vigore del d.l., pubblicato nella G.U.R.I. n. 106 dell'8 maggio 2012).

La giurisprudenza ha riconosciuto natura sanante alla disposizione dell'art. 12, da ultimo citato, in quanto diretta a contenere gli oneri amministrativi ed economici che deriverebbero dalla caducazione, altrimenti inevitabile, di gare, anche in assenza di qualsivoglia indizio circa la manomissione o l'occultamento dei plichi contenenti le offerte tecniche (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 giugno 2013, n. 16); l'art. 12 del d.l. n. 52 del 2012 non ha dunque portata ricognitiva del principio affermato con la pronuncia n. 13 del 2011 dell'Adunanza Plenaria, ma la specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si è proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata; conseguentemente, nel caso di procedimento conclusosi prima dell'entrata in vigore dell'art. 12 del d.l. n. 52 del 2012, deve ritenersi legittima l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta non pubblica, effettuata in conformità con la previsione del disciplinare di gara (Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 2013, n. 8).

Il che è quanto avvenuto nel caso di specie, in cui l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, in seduta riservata come prescritto dall'art. 6 del disciplinare di gara, peraltro non fatto oggetto di gravame, risale al 13 ottobre 2011, come si evince dal verbale n. 1 in pari data.

6. - Alla stregua di quanto esposto, il ricorso incidentale deve essere respinto, mentre il ricorso principale deve essere in parte respinto, mentre, nei termini di cui alla motivazione che precede, va disposta la verifica tecnica, officiando all'uopo l'Istituto Superiore di Sanità. L'incombente istruttorio dovrà essere effettuato nel termine di trenta giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, mediante relazione scritta da depositare presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

non definitivamente pronunciando, respinge il ricorso incidentale; in parte respinge il ricorso principale , disponendo l'incombente istruttorio di cui alla motivazione, nei termini e secondo le modalità stabilite.

Spese al definitivo.

Fissa per la trattazione l'udienza del 4 dicembre 2013.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e che ne sia data comunicazione all'Istituto Superiore di Sanità.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)