Pubblicato il 24/09/2021

N. 00682/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00341/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 341 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da Roche Diabetes Care Italy S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Ilenia Paziani e Lara Bonoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Umbria Salute e Servizi S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lietta Calzoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, via Bonazzi n. 9;

nei confronti

- di Bioseven S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Emanuela A. Barison e Manuela Caporale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- di Biochemical Systems International S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Michielin e Helga Garuzzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- di Med Trust Italia S.r.l., A. Menarini Diagnostics S.r.l., Azienda Usl Umbria 1, Azienda Usl Umbria 2, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

sia per quanto riguarda il ricorso introduttivo, con cui è stata incidentalmente chiesta la sospensione cautelare dell'efficacia degli atti impugnati, che per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Roche Diabetes Care Italy S.p.A. il 11.06.2021,

- della determinazione dell'Amministratore Unico di Umbria Salute S.c. a r.l. del 29.03.2021, comunicata *ex* art. 76 del d.lgs. 50/2016 il 30.03.2021, con cui è stata disposta l'aggiudicazione del Lotto 1 relativo alla gara per la stipula di un accordo quadro con cinque operatori economici ai sensi dell'art. 54, co. 4, del d.lgs. 50/2016 denominata "*procedura aperta per la fornitura in ambito territoriale e ospedaliero della Regione Umbria di sistemi per il monitoraggio della glicemia e dispositivi correlati. Gara ANAC n. 7294145*" in favore delle società Bioseven S.r.l. con socio unico e Biochemical Systems International S.p.A.;

- di tutti i verbali delle operazioni di gara ad essa annessi, relativi all'esame della documentazione presentata dai concorrenti nonché delle offerte tecniche ed economiche, ad esito delle quali è stata disposta l'aggiudicazione sopra indicata;

- ove occorrer possa, del bando, del disciplinare, del capitolato e dei relativi allegati nelle parti indicate in esposizione;

- di ogni atto ad essi presupposto, connesso o comunque consequenziale,

nonché

- per il risarcimento del danno subito, in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, previa occorrendo declaratoria di inefficacia e disponibilità al subentro nell'accordo quadro medio tempore stipulato, ovvero, in subordine, per equivalente economico;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Umbria Salute e Servizi S.C.A R.L. e di Bioseven S.r.l. e di Biochemical Systems International S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 luglio 2021 il dott. Davide De Grazia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con bando di gara del 22.12.2018, Umbria Salute e Servizi S.c. a r.l. (di seguito, per brevità, anche "Umbria Salute"), quale soggetto aggregatore ai sensi dell'art. 9, co. 1, del D. Lgs. 50/2016, indiceva una gara per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, della fornitura, in ambito territoriale ed ospedaliero della Regione Umbria, di sistemi per il monitoraggio della glicemia e dispositivi correlati per quarantotto mesi.

La fornitura veniva suddivisa in lotti.

Per quanto qui di interesse, il lotto 1 aveva ad oggetto la fornitura di glucometri per automonitoraggio con tecnologia standard e relative strisce reattive per la determinazione della glicemia per un importo a base d'asta di € 2.260.480,00 al netto dell'IVA, da affidare mediante stipula di un accordo quadro senza riapertura del confronto competitivo ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. *a)* del d.lgs. n. 50/2016 con i primi cinque operatori economici aggiudicatari, con la precisazione che all'operatore economico primo classificato sarebbe stata aggiudicata una fornitura minima pari al 60% del fabbisogno totale, mentre il restante fabbisogno (per una percentuale massima del 40%) avrebbe potuto essere ripartito, secondo l'esigenza terapeutica del caso concreto, tra tutti gli operatori economici firmatari dell'accordo quadro (art. del 1 del disciplinare di gara e art. 3 del capitolato tecnico).

2. – Alla procedura partecipavano Roche Diabetes Care Italy S.p.A. (“Roche”), Bioseven s.r.l. (“Bioseven”), Med Trust Italia s.r.l. (“Med Trust”), Biochemical Systems International S.p.A. (“Biochemical”), A. Menarini Diagnostics s.r.l. (“Menarini”), Ascensia Diabetes Care Italy s.r.l. (“Ascensia”), Svas Biosana S.p.A. (“Biosana”), Johnson & Johnson Medical S.p.A. (“J&J”).

3. – All’esito dell’apertura delle buste tecniche ed economiche, svolte le operazioni di riparametrazione dei punteggi secondo i criteri dettati dall’art. 18 del disciplinare di gara, veniva formata la seguente graduatoria per il lotto 1:

1) Ascensia: punti 70,000 per l’offerta tecnica; punti 22,553 per l’offerta economica; totale punti 92,553;

2) Bioseven: punti 68,440 per l’offerta tecnica; punti 21,917 per l’offerta economica; totale punti 90,357;

3) Menarini: punti 67,040 per l’offerta tecnica; punti 22,886 per l’offerta economica; totale punti 89,926;

4) Med Trust: punti 59,840 per l’offerta tecnica; punti 30,000 per l’offerta economica; totale punti 89,840;

5) Biochemical: punti 62,720 per l’offerta tecnica; punti 21,036 per l’offerta economica; totale punti 83,756;

6) Roche: punti 62,150 per l’offerta tecnica; punti 17,597 per l’offerta economica; totale punti 79,747;

7) Biosana: punti 60,800 per l’offerta tecnica; punti 18,811 per l’offerta economica; totale punti 79,611;

8) J&J: punti 57,950 per l’offerta tecnica; punti 17,597 per l’offerta economica; totale punti 75,547.

Pertanto, Ascensia, Bioseven, Menarini, Med Trust e Biochemical venivano selezionate quali aggiudicatarie per la stipula del contratto quadro: la prima per la fornitura minima pari al 60% del fabbisogno totale, le altre quattro per il restante fabbisogno, nella misura massima del 40%.

4. – In data 30.03.2021 la stazione appaltante inviava alle società concorrenti la comunicazione *ex* art. 76 d.lgs. n. 50/2016.

5. – In data 1.04.2021 Roche, risultata sesta e dunque non aggiudicataria della fornitura, formulava istanza di accesso agli atti della procedura di gara.

6. – Con ricorso del 29.04.2021, notificato in pari data e depositato il 13.05.2021, Roche ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale gli atti della procedura sopra indicata e ne ha chiesto l’annullamento, previa sospensione cautelare, in relazione all’aggiudicazione disposta in favore di Biochemical (quinta classificata) e di Bioseven (seconda classificata), con conseguente subentro di essa Roche nell’accordo quadro relativo alla fornitura dei dispositivi oggetto della gara, previa declaratoria di inefficacia dell’accordo eventualmente *medio tempore* stipulato.

7. – Si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso la stazione appaltante e, quali controinteressate, Biochemical e Bioseven.

8. – Alla camera di consiglio del 25 maggio 2021, la ricorrente ha dichiarato l’intenzione di proporre motivi aggiunti a seguito dell’esame della documentazione fornita dalla stazione appaltante in sede di accesso agli atti.

Le parti hanno concordemente chiesto un rinvio della trattazione.

Quindi, su istanza congiunta delle parti di fissazione dell’udienza di discussione del merito, il ricorso è stato assegnato all’udienza pubblica del 27 luglio 2021.

9. – Roche ha presentato motivi aggiunti del 10.06.2021, notificati in pari data e depositati il 11.06.2021, con i quali ha proposto ulteriori censure avverso l’aggiudicazione disposta in favore di Biochemical e di Bioseven.

10. – In vista della discussione del ricorso, le parti hanno depositato memorie e repliche.

11. – All'udienza pubblica del 27 luglio 2021, celebrata mediante collegamento in videoconferenza da remoto secondo le disposizioni richiamate in epigrafe, il collegio ha sentito le parti ed ha quindi trattenuto la causa in decisione.

DIRITTO

12. – Roche ha contestato l'aggiudicazione disposta in favore di Biochemical e di Bioseven, le quali, secondo la ricorrente, avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, con conseguente aggiudicazione in favore di essa Roche, classificatasi al sesto posto in graduatoria.

In vero, tenuto conto delle disposizioni del disciplinare e del capitolato, l'esclusione anche di una sola delle due controinteressate avrebbe comportato l'ingresso dell'odierna ricorrente nella cinquina degli operatori aggiudicatari della fornitura.

Ciò premesso, si può procedere ad esaminare partitamente le critiche rivolte dalla ricorrente in ordine all'aggiudicazione ed alla mancata esclusione di ciascuna delle controinteressate, nell'ordine di proposizione delle stesse, non prima di aver ricordato che, ai sensi dell'art. 120, c. 6, cod. proc. amm., il ricorso in esame deve essere definito mediante sentenza in forma semplificata di cui all'art. 74 dello stesso codice di rito.

13. – Con riguardo alle censure formulate avverso la mancata esclusione dalla gara di Biochemical, devono farsi le seguenti considerazioni.

13.1. – Secondo la ricorrente, la commissione avrebbe errato nel non rilevare che l'offerta di Biochemical era carente ed in contrasto con la legge di gara in quanto la concorrente non avrebbe inserito all'interno della busta le schede tecniche del dispositivo oggetto dell'offerta né, comunque, una relazione illustrativa delle caratteristiche dello stesso.

Tale mancanza avrebbe dovuto essere sanzionata con l'esclusione della concorrente dalla gara, stante la previsione dell'art. 16, lett. *a)* del disciplinare di gara, ai sensi del quale «*l'offerta tecnica contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti: a) relazione/schede tecniche delle forniture offerte*».

Inoltre, secondo Roche, Biochemical avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la violazione dell'art. 16, lett. *b)*, del disciplinare, che imponeva a ciascun concorrente, a pena di esclusione, l'onere di completare «*le schede tecniche predisposte dalla stazione appaltante e debitamente compilate nelle quali sono indicate le caratteristiche minime*». Dalla documentazione del procedimento, infatti, emergerebbe l'incompletezza della compilazione, da parte di Biochemical, della scheda tecnica B1.

Secondo la società ricorrente, le mancanze sopra evidenziate determinerebbero inoltre il difetto di istruttoria in cui sarebbe incorsa la commissione, la quale non avrebbe potuto assegnare punteggi a Biochemical a fronte di una documentazione tecnica così carente.

Pertanto, secondo Roche, Biochemical avrebbe dovuto essere esclusa o, quanto meno, alla stessa avrebbe dovuto essere assegnato, per i parametri da A9 a A13, un punteggio pari a 0 (zero) in luogo dei 21,5 punti ottenuti, con conseguente riduzione del punteggio tecnico al di sotto della soglia minima di sbarramento di cui all'art. 18 del disciplinare (punti 42/70) e necessaria esclusione, anche per questa via, della società controinteressata.

13.2. – Con i motivi aggiunti, Roche ha dedotto che la documentazione ricevuta dalla stazione appaltante a seguito dell'esperimento dell'accesso agli atti della procedura non contemplava la dichiarazione di accuratezza e precisione e il manuale d'uso del dispositivo offerto da Biochemical e che, a seguito della successiva istanza del 22.04.2021, la stessa stazione appaltante in data 28.04.2021 aveva comunicato che

con il precedente invio era stata trasmessa tutta la documentazione presentata da Med Trust, da Bioseven e da Biochemical e presente sulla piattaforma Net4Market, utilizzata per la gestione della gara.

Roche ne ha tratto ulteriore conferma della incompletezza della documentazione presentata in gara da Biochemical, sostenendo in particolare che la dichiarazione di accuratezza e precisione e il manuale d'uso del dispositivo non sarebbero stati prodotti nella procedura di gara dalla concorrente e sarebbero stati depositati soltanto in giudizio dalla controinteressata e dalla stazione appaltante, per di più senza la firma del legale rappresentante della società concorrente.

La ricorrente ha dunque insistito nel rilevare l'incompletezza della documentazione fornita da Biochemical alla stazione appaltante in relazione alla mancanza della dichiarazione di accuratezza e precisione e del manuale d'uso del dispositivo offerto.

13.3. – Le doglianze appena sintetizzate devono essere esaminate alla luce dell'insegnamento giurisprudenziale che vuole che l'omessa allegazione di una scheda tecnica inerente alla descrizione dei prodotti indicati nell'offerta non può legittimare l'immediata esclusione del concorrente, pur se prevista come essenziale dalla *lex specialis*, qualora gli elaborati presentati per integrare la documentazione tecnica siano idonei a concorrere, in misura equivalente alla definizione ed illustrazione delle caratteristiche dei singoli prodotti e alla valutazione qualitativa e di merito circa la rispondenza e conformità ai parametri tecnici richiesti, senza che dall'assenza di uno solo di tali documenti possa conseguire l'inammissibilità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2567; anche Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8700; TAR Campania, Salerno, sez. I, 10 dicembre 2018, n. 1781).

13.4. – Orbene, dagli atti del giudizio risulta che Biochemical ha prodotto la scheda di cui all'*Allegato B1*, denominata "*Scheda riassuntiva caratteristiche offerta tecnica*", compilata solo in parte.

La stessa controinteressata ha però prodotto in gara la scheda illustrativa delle funzioni e delle specifiche tecniche in relazione sia allo strumento che alle strisce reattive (*file* denominato "*BSI_OGCARE_ITrev1C*") e una serie di altri documenti dai quali la commissione ha tratto le informazioni necessarie per la valutazione del dispositivo offerto e l'assegnazione dei relativi punteggi.

In particolare, per quanto riguarda le informazioni relative al "*Servizio di assistenza clienti con caratteristiche migliorative rispetto all'orario minimo richiesto (es. disponibilità anche il sabato e festivi e disponibilità superiore alle 8ore/die richieste)*" le stesse risultano dal documento denominato "*Progetto dei servizi connessi con la fornitura servizio di supporto customer care*", nel quale sono illustrate le caratteristiche offerte in relazione al servizio di assistenza clienti.

Risulta, inoltre, dalla schermata relativa alla documentazione presentata da Biochemical che la stessa controinteressata ha prodotto in gara la certificazione UNI EN ISO 15197:2015 rilasciata dall'ente certificatore.

La commissione ha poi potuto verificare la presenza della "*Interfaccia con sistema di cartella clinica informatizzata My Star Connect (attualmente in uso presso le Aziende della Regione Umbria)*" per tutte le offerenti direttamente attraverso il programma di gestione della cartella clinica My Star Connect, in uso presso le Aziende sanitarie ed ospedaliere regionali.

Per quanto riguarda le informazioni relative alla "*Dichiarazione di accuratezza dei valori entro ±5mg/dl per glicemie < a 70mg/dl*", alla "*Dichiarazione di accuratezza dei valori entro ±10mg/dl per glicemie ≥ a 180mg/dl*", ai "*Parametri documentati di accuratezza e precisione dei valori entro ±5mg/dl per glicemie < a 70mg/dl*" ed ai "*Parametri documentati di accuratezza e precisione dei valori entro ±10% per glicemie ≥ a 180mg/dl*", le stesse sono state fornite da Biochemical attraverso la "*Dichiarazione di accuratezza e precisione*", presentata mediante il *file* denominato "*Dichiarazione di accuratezza e precisione per lotto 1*

secondo la griglia di valutazione qualitativa.pdf", contenuto nella busta telematica presentata come archivio informatico ai fini della partecipazione alla gara.

La circostanza della mancata trasmissione a Roche, in sede di accesso, del documento da ultimo citato appare il frutto di un disguido tecnico occorso presso la stazione appaltante, i cui uffici non sono avveduti del fatto che detto *file*, a causa della lunghezza della sua denominazione, non era stato copiato nella cartella informatica da inviare a Roche.

Dalla documentazione depositata in giudizio, infatti, la dichiarazione sopra citata risulta tra i documenti contenuti nella busta telematica contenente l'offerta tecnica, confezionata come archivio informatico con estensione "*.zip*", come richiesto dall'art. 6 del disciplinare telematico, il quale prevedeva, tra l'altro, che a dover essere firmata digitalmente e marcata temporalmente fosse la cartella-archivio con estensione "*.zip*", e non i singoli *files* in essa inseriti.

Infine, per quanto riguarda la questione relativa al manuale d'uso del glucometro offerto da Biochemical, può ritenersi circostanza di comune esperienza che la confezione contenente un dispositivo medico elettronico quale quello di cui si discute (strumento diagnostico per l'autocontrollo del glucosio) contenga al suo interno anche il manuale d'uso per l'utente.

L'art. 7.3, lett. *b)*, del disciplinare e l'art. 16 del capitolato tecnico prevedevano che gli offerenti avrebbero dovuto presentare alla stazione appaltante i campioni del prodotto offerto, «*racchiusi in un contenitore confezionato in modo tale da garantire l'integrità del contenuto*».

Secondo quanto si evince dalla documentazione in atti, la presentazione della campionatura nei modi prescritti dalla legge di gara è stata verificata dalla commissione per tutti gli offerenti nella seduta pubblica del 5.03.2020.

Risulta, poi, che l'istanza presentata da Roche il 1.04.2021 era finalizzata all'accesso «*a tutti i verbali – e relativi allegati/note – della Commissione tecnica di gara, nonché alle buste amministrative, alle offerte tecniche ed economiche presentate*»: tale ultima circostanza, secondo la stazione appaltante, spiegherebbe la ragione per cui il manuale d'uso, non contenuto nella busta telematica ma inserito nella confezione del glucometro presentato come campione, non fu inviato a Roche in sede di accesso.

Valga o meno quest'ultima circostanza per giustificare il mancato invio del manuale da parte della stazione appaltante in riscontro all'istanza di accesso presentata da Roche, e fermo restando che la legge di gara non prevedeva l'attribuzione di punteggi in relazione allo stesso, può ragionevolmente ritenersi, per quanto sopra considerato, che il manuale d'uso fosse contenuto nelle confezioni del glucometro inviate ai fini della presentazione della campionatura.

13.5. – La giurisprudenza più sopra ricordata induce a ritenere che la mancanza della relazione tecnica e l'incompletezza della compilazione della scheda tecnica riassuntiva non possono determinare l'esclusione dell'offerente, laddove, come nel caso di specie, le informazioni sulle caratteristiche tecniche della fornitura, necessarie per la formulazione del giudizio della commissione, siano comunque rinvenibili *aliunde* nella documentazione presentata a corredo dell'offerta.

Diversamente opinando, si dovrebbe pervenire all'esclusione del concorrente sulla base di una mancanza meramente formale, in evidente contrasto con il principio del *favor partecipationis*.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, dunque, i motivi di doglianza formulati da Roche avverso l'aggiudicazione disposta in favore di Biochemical non meritano accoglimento.

14. – Con riguardo alle censure relative all'aggiudicazione in favore di Bioseven devono farsi le seguenti considerazioni.

14.1. – Secondo Roche, la commissione avrebbe errato nell'assegnare a Bioseven 23,5 punti nella valutazione dell'offerta tecnica: di conseguenza, il punteggio (non riparametrato) della controinteressata avrebbe dovuto essere inferiore alla soglia minima di sbarramento (42/70) e Bioseven avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Le doglianze della ricorrente riguardano, più in particolare, l'assegnazione dei seguenti punteggi:

- 5 punti in relazione al parametro A5 "*Possibilità di riapplicazione seconda goccia di sangue*";

- 3,5 punti in relazione al parametro A9 "*Dichiarazione di accuratezza dei valori entro ±5mg/dl per glicemie < a 70mg/dl (il dato deve essere fornito da ente certificatore esterno e/o letteratura scientifica prodotta in data non anteriore al 2008 censita su PubMed e Embase)*";

- 5 punti in relazione al parametro A10 "*Dichiarazione di accuratezza dei valori entro ±10% per glicemie ≥ a 180mg/dl (il dato deve essere fornito da ente certificatore esterno e/o letteratura scientifica prodotta in data non anteriore al 2008 censita su PubMed e Embase)*";

- 5 punti in relazione al parametro A11 "*Parametri documentati di accuratezza e precisione dei valori entro ±5mg/dl per glicemie < a 70mg/dl (il dato deve essere fornito da ente certificatore esterno e/o letteratura scientifica prodotta in data non anteriore al 2008 censita su PubMed e Embase)*";

- 5 punti in relazione al parametro A12 "*Parametri documentati di accuratezza e precisione dei valori entro ±10% per glicemie ≥ a 180mg/dl (il dato deve essere fornito da ente certificatore esterno e/o letteratura scientifica prodotta in data non anteriore al 2008 censita su PubMed e Embase)*".

La ricorrente, inoltre, deduce che i punteggi in relazione ai parametri A9, A10, A11 e A12 non avrebbero potuto essere assegnati a Bioseven per violazione dell'art. 13 del disciplinare, secondo cui «*tutta la documentazione da produrre deve essere in lingua italiana o, se redatta in lingua straniera, deve essere corredata da traduzione giurata in lingua italiana*», avendo Bioseven dichiarato che le caratteristiche del prodotto in relazione ai suddetti parametri sarebbero comprovate da una pubblicazione ("*Evaluation of 12 blood glucose monitoring systems for self-testing: system accuracy and measurement reproducibility*" di Freckmann G. e altri) che, però, sarebbe stata depositata in forma non conforme alle prescrizioni della legge di gara, ovvero in italiano ma senza la traduzione giurata e in *abstract*.

14.2. – Prima di procedere nell'esame delle doglianze, deve evidenziarsi che il punteggio assegnato dalla commissione all'offerta tecnica di Bioseven è di 60,23 punti, poi riparametrato a 68,44 punti.

Il punteggio conseguito da Roche è di 54,70 punti, poi riparametrato a 62,15 punti.

La soglia minima di sbarramento del punteggio delle offerte tecniche era, come già detto, di 42 punti su 70 (art. 18 del disciplinare).

Deve inoltre rilevarsi che la *lex specialis* distingueva tra due categorie di punteggi: i "*punteggi discrezionali*", il cui coefficiente era da attribuirsi «*in ragione della discrezionalità spettante alla commissione giudicatrice*», e i "punteggi tabellari", ovvero punteggi assegnati «*automaticamente e in valore assoluto, sulla base della presenza o assenza nell'offerta, dell'elemento richiesto*» (art. 18 del disciplinare).

I punteggi associati ai succitati parametri in contestazione erano così qualificati dall'art. 14 del capitolato tecnico:

- parametri A5, A9 e A10: punteggio tabellare;

- parametri A11 e A12: punteggio discrezionale.

14.3. – Ciò premesso, con riguardo ai parametri A9, A10, A11 e A12 si deve osservare quanto segue.

14.3.1. – Deve ritenersi risolutivo, tra i diversi profili di censura dedotti da parte ricorrente, quello relativo alla predeterminazione, nella legge di gara, dei livelli di glicemia in relazione ai quali la commissione avrebbe dovuto verificare (con riguardo ai "punteggi tabellari") ovvero valutare (con riguardo ai "punteggi discrezionali") il possesso delle caratteristiche di accuratezza e precisione dello strumento offerto da Bioseven ai fini della attribuzione dei punteggi tecnici previsti dal capitolato.

A questo riguardo, dalla documentazione in atti risulta quanto segue.

a) In riferimento al parametro A9, la commissione avrebbe dovuto verificare, per l'assegnazione del "punteggio tabellare", alla luce della documentazione fornita dall'offerente, l'accuratezza dei valori entro ±5mg/dl per glicemie < a 70mg/dl (cfr. art. 14, tabella A, del capitolato tecnico).

Per il parametro adesso in discorso, Bioseven, basandosi sullo studio Kuo 2011, ha documentato l'accuratezza del dispositivo per glicemie < a 75mg/dl.

b) In riferimento parametro A10, la commissione avrebbe dovuto verificare, per l'assegnazione del "punteggio tabellare", alla luce della documentazione fornita dall'offerente, l'accuratezza dei valori entro ±10% per glicemie ≥ a 180mg/dl (cfr. art. 14, tabella A, del capitolato tecnico).

Per il parametro adesso in discorso, Bioseven ha documentato l'accuratezza del dispositivo per glicemie ≥ a 100mg/dl.

c) In riferimento al parametro A11, la commissione avrebbe dovuto valutare, per l'assegnazione del "punteggio discrezionale", alla luce della documentazione fornita dall'offerente, l'accuratezza e precisione dei valori entro ±5mg/dl per glicemie < a 70mg/dl (cfr. art. 14, tabella A, del capitolato tecnico).

Bioseven ha documentato l'accuratezza del dispositivo per glicemie < a 75mg/dl.

d) In riferimento al parametro A12, la commissione avrebbe dovuto valutare, ai fini dell'assegnazione del "punteggio discrezionale", alla luce della documentazione fornita dall'offerente, l'accuratezza e precisione dei valori entro ±10% per glicemie ≥ a 180mg/dl (cfr. art. 14, tabella A, del capitolato tecnico).

Bioseven ha documentato l'accuratezza del dispositivo per glicemie > a 100mg/dl.

Da quanto appena evidenziato, risulta, dunque, che, per la dimostrazione dei livelli di accuratezza dello strumento in relazione ai quali la commissione avrebbe dovuto attribuire i punteggi tabellari (parametri A9 e A10) e discrezionali (A11 e A12), la controinteressata ha fatto riferimento a studi attestanti i margini di precisione ed accuratezza per livelli di glicemia diversi rispetto a quelli predeterminati dal capitolato tecnico.

14.3.2. – La stazione appaltante e la controinteressata riconoscono la circostanza da ultimo indicata, per come riportata dalla società ricorrente, ma sostengono che gli scostamenti dei livelli di glicemia in relazione ai quali è stato documentato il grado di accuratezza dei dispositivi offerti da Bioseven non sarebbero significativi e non falserebbero il risultato delle valutazioni compiute dalla commissione, la quale ultima, nonostante detti scostamenti, sarebbe stata in grado di verificare e valutare l'accuratezza del glucometro offerto.

Secondo le difese delle parti resistenti, l'attività di accertamento e di valutazione così esercitata dalla commissione giudicatrice rientrerebbe nell'ampia discrezionalità di cui la stessa godeva, con la conseguenza che, salvo il limite della palese abnormità della valutazione tecnica, le censure formulate dalla ricorrente sarebbero inammissibili perché relative a valutazioni per loro natura opinabili in quanto impingenti nel merito delle scelte tecnico-discrezionali.

14.3.3. – Le appena richiamate difese della stazione appaltante e di Bioseven, però, non possono essere condivise, perché, ferma restando la diversità del compito della commissione in relazione alle due diverse

categorie di parametro (accertamento ad esito vincolato ai fini dell'attribuzione del punteggio tabellare per i parametri A9 e A10; valutazione tecnica per l'attribuzione del punteggio discrezionale per i parametri A11 e A12), la questione posta dalla parte ricorrente riguarda la correttezza dell'esercizio di detti poteri di accertamento e di valutazione rispetto ai vincoli che la stessa stazione appaltante si era autonomamente e preventivamente posta proprio al fine di delimitare l'ampiezza della propria discrezionalità tecnica.

Infatti, in un momento logicamente precedente all'esercizio dei poteri di accertamento e di valutazione del grado di accuratezza e precisione dei dispositivi offerti, la stazione appaltante aveva predeterminato con precisione nella *lex specialis* – la citata tabella A dell'art. 14 del capitolato tecnico – i livelli di glicemia in relazione ai quali avrebbe successivamente compiuto le verifiche e le valutazioni ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi, autovincolandosi così al rispetto di quei parametri.

Detti livelli di glicemia, come si è visto, erano indicati nel capitolato tecnico in valori «*< a 70mg/dl*» per i parametri A9 e A11 ed in valori «*≥ a 180mg/dl*» per i parametri A10 e A12.

Al momento della verifica e della valutazione delle caratteristiche del dispositivo offerto da Bioseven, la commissione ha ritenuto di assegnare all'offerente, per i parametri adesso in discussione, punteggi per un totale di 18,5 punti, nonostante la controinteressata avesse dichiarato l'accuratezza dello strumento per livelli di glicemia diversi da quelli predeterminati dalla *lex specialis*, ovvero per glicemie < a 75mg/dl per quanto riguarda i parametri A9 e A11 e per glicemie ≥ a 100mg/dl per quanto riguarda i parametri A10 e A12.

Come insegna la giurisprudenza, «*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*» (cfr. Cons Stato, sez. III, 30 settembre 2020, n. 5746; Id., 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 sé 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 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*» (Cons. Stato, sez. III, n. 5746/2020, cit.).

Peraltro, corollario del suddetto principio è la regola secondo la quale la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in essa 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. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148).

La commissione, pertanto, una volta rilevato che Bioseven aveva dichiarato l'accuratezza e la precisione del proprio dispositivo in relazione a livelli di glicemia diversi da quelli previsti dal capitolato tecnico, non avrebbe potuto, in applicazione delle prescrizioni della stessa *lex specialis*, assegnare i punteggi per i parametri A9, A10, A11 e A12.

14.3.4. – Le considerazioni appena svolte inducono a ritenere fondate le doglianze di Roche relative all'assegnazione a Bioseven dei punteggi riguardanti i parametri A9, A10, A11 e A12, e ciò sarebbe sufficiente per l'accoglimento del ricorso nei confronti dell'aggiudicazione alla controinteressata Bioseven, dal momento che, sottraendo i 18,5 punti assegnati a Bioseven per i parametri adesso in esame, il punteggio tecnico della controinteressata scenderebbe a 41,73 punti, e dunque sotto la soglia minima di sbarramento di 42 punti su 70 prevista dall'art. 18 del disciplinare.

14.4. – Fermo restando quanto da ultimo considerato in ordine alla sufficienza dell'accoglimento delle censure relative all'assegnazione dei punteggi per i parametri A9, A10, A11 e A12, il collegio ritiene di poter scrutinare la censura relativa all'assegnazione del punteggio a Bioseven con riguardo al parametro A5, per il quale il capitolato prevedeva l'attribuzione di un punteggio tabellare di 5 punti nell'ipotesi in cui il dispositivo offerto permettesse l'applicazione della seconda goccia di sangue, mentre in caso contrario la commissione avrebbe dovuto assegnare 0 punti.

14.4.1. – Secondo la ricorrente, il dispositivo offerto da Bioseven, alla luce della documentazione allegata all'offerta, non consente la possibilità dell'applicazione della seconda goccia di sangue, con la conseguenza che la commissione avrebbe errato nell'attribuire, per il parametro in esame, 5 punti alla controinteressata.

A conforto della propria tesi, Roche evoca, comparativamente, le caratteristiche del dispositivo di Ascensia, che emette un *alert* sonoro in caso di insufficienza del campione di sangue immesso nel glucometro, onde consentire all'utente, entro un breve periodo di tempo, di integrarlo con una seconda goccia.

14.4.2. – Bioseven ribatte che il proprio dispositivo consente l'applicazione di una seconda goccia di sangue, mentre l'argomento di Roche non potrebbe essere accolto perché fondato su un requisito (l'*alert* sonoro emesso dal dispositivo di Ascensia) non previsto dai documenti di gara e dunque non ammissibile quale elemento di discrimine nella selezione delle offerte.

14.4.3. – Riguardo al profilo adesso in discussione, se è vero che nella *lex specialis* mancano, ai fini dell'assegnazione del punteggio per il parametro A5, indicazioni in ordine alla necessità della presenza di un avviso sonoro in caso di insufficienza del campione di sangue immesso nel glucometro, deve ciononostante considerarsi che l'oggetto della procedura di gara è un dispositivo diagnostico per l'autocontrollo del glucosio da parte dello stesso utente.

Dunque, al di là della possibilità in concreto del dispositivo di ricevere una seconda goccia di sangue per l'effettuazione del test, affermata dalla controinteressata nella scheda B1 e ribadita nel presente giudizio, deve considerarsi che le prescrizioni per l'utente contenute nel manuale d'uso dello strumento sono chiaramente formulate nel senso di escludere la possibilità di integrare il campione con una seconda goccia di sangue.

Si legge, infatti, nel manuale che, nell'esecuzione del test della glicemia, l'utente, ai fini dell'acquisizione del campione di sangue, è chiamato a «[*t*]*occare e tenere la goccia sul bordo dell'ingresso del campione fino a che si sentirà un "bip" (se il volume è attivo) e la finestra di visualizzazione sarà completamente riempita di sangue*», con la seguente prescrizione: «[*s*]*e la finestra non si avvia, eliminare la striscia reattiva e ripetere il test con una striscia reattiva*».

Dunque, dalla lettura del manuale d'uso del dispositivo di Bioseven la commissione non avrebbe potuto ritenere possibile l'applicazione della seconda goccia di sangue e conseguentemente assegnare alla controinteressata i 5 punti previsti per il parametro A5.

14.4.4. – Da quanto sopra considerato discende che, ferma restando la sufficienza della fondatezza delle censure relative ai punteggi per i parametri A9, A10, A11 e A12 ai fini dell'accoglimento del ricorso di Roche nei confronti di Bioseven, qualora la commissione avesse omesso di assegnare alla controinteressata i 5

punti per il parametro A5, il relativo punteggio tecnico sarebbe stato ancor più al di sotto della soglia minima di sbarramento di 42 punti.

14.5. – L'accoglimento, nei sensi di cui sopra, delle censure formulate nei confronti dell'aggiudicazione disposta in favore di Bioseven, realizzando l'interesse di Roche all'aggiudicazione dell'accordo quadro, comporta l'assorbimento dell'ultimo motivo, relativo alla mancata produzione della traduzione giurata dello studio sulla cui base è stata documentata l'accuratezza dello strumento.

15. – In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti proposti da Roche devono essere respinti con riguardo alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Biochemical.

Devono invece essere accolti, nei sensi sopra indicati, con riguardo alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore Bioseven, la quale, per le suesposte ragioni, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per il mancato raggiungimento della soglia minima di sbarramento di 42 punti su 70 in relazione all'offerta tecnica.

Quanto appena rilevato comporta, ai sensi degli artt. 122 e 124 cod. proc. amm., l'accoglimento della domanda di Roche volta al conseguimento dell'aggiudicazione ed alla condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica attraverso la stipulazione con la stessa ricorrente, quale quinta graduata, del contratto quadro per la fornitura dei dispositivi per cui è causa, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato con Bioseven.

16. – In considerazione della complessità delle questioni trattate, le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

a) respinge il ricorso ed i motivi aggiunti proposti da Roche Diabetes Care Italy S.p.A. con riguardo alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Biochemical Systems International S.p.A.;

b) accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso ed i motivi aggiunti con riguardo alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore Bioseven S.r.l. e, per l'effetto, annulla *in parte qua* gli atti impugnati;

c) dichiara pertanto l'inefficacia dell'accordo quadro eventualmente *medio tempore* stipulato tra Umbria Salute e Servizi S.c. a r.l. e Bioseven S.r.l.;

d) accoglie la domanda della ricorrente volta al conseguimento dell'aggiudicazione e condanna Umbria Salute e Servizi S.c. a r.l. al risarcimento in forma specifica attraverso la stipulazione con Roche Diabetes Care Italy S.p.A., quale quinta graduata, del contratto quadro per la fornitura dei dispositivi per cui è causa.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2021, svolta mediante collegamento in videoconferenza da remoto secondo le disposizioni richiamate in epigrafe, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Davide De Grazia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Davide De Grazia

IL PRESIDENTE

Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO