

Sulla decorrenza dei termini di impugnazione.

Contratti della p.a. – Processo – Termini di impugnazione – Decorrenza – Conoscibilità atti

Il tema della decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti e provvedimenti afferenti alle procedure di affidamento di contratti pubblici, come disciplinata dall'art. 120 co. 5 c.p.a., è stato recentemente affrontato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, con la decisione invocata dalla controinteressata (sentenza n. 12/2020), ha enucleato il principio in forza del quale la pubblicazione degli atti di gara eseguita ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 è idonea a far decorrere il termine, al pari della conoscenza delle informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, salva per queste ultime la possibilità di computare la dilazione corrispondente al tempo occorrente per assolvere all'istanza di accesso presentata dal concorrente interessato, laddove i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario o delle giustificazioni rese nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia: il computo della c.d. "dilazione temporale" risponde alla regola generale della piena conoscenza e conoscibilità del contenuto concreto degli atti lesivi, ed è conforme al diritto eurounitario, che non ammette l'obbligo di proporre impugnazioni "al buio" ("*in abstracto*").

Pres. E. Di Santo; Est. P. Grauso

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1421 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da BTC Medical Europe S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Righi ed Elmar Zwick, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, via La Marmora 14;

contro

E.S.T.A.R. – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Servi 38;

nei confronti

ICU Medical Europe S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

con il ricorso introduttivo:

- del provvedimento prot. 57576 dell'11.10.2021 con il quale ESTAR ha comunicato l'aggiudicazione definitiva ex art. 76 c. 5 d.lgs. 50/2016 alla soc. ICU Medical Europe S.r.l. della Procedura aperta per l'affidamento della fornitura di dispositivi e la preparazione e infusione (elastomeri) di farmaci antiblastici e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antiblastici con materiale di consumo per le aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Toscana, Codice Gara CUI 2018-032-0041, con riferimento al Lotto 2 Perforatore sterile per ricostruzione farmaci antiblastici;

- della D.D. ESTAR n. 1579 del 07.10.2021 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di ICU Medical Europe S.r.l. della Procedura aperta per l'affidamento della fornitura di dispositivi e la preparazione e infusione (elastomeri) di farmaci antiblastici e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antiblastici con materiale di consumo per le aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Toscana, Codice Gara CUI 2018-032-0041, con riferimento al Lotto 2 Perforatore sterile per ricostruzione farmaci antiblastici con riferimento al Lotto 2 Perforatore sterile per ricostruzione farmaci antiblastici;

- in parte qua del Verbale conclusivo della Commissione Giudicatrice dello 08.06.2021;

- in parte qua dei Verbali della Commissione del 21.10.2020, 12.11.2020,

- di ogni atto presupposto, conseguente e derivato;

nonché, ai sensi dell'art. 116 d.lgs. 50/2016, anche in via autonoma, per l'accertamento del diritto di ICU Medical Europe S.r.l. di accedere alla documentazione richiesta con domanda prot. 37981/2021 ed in particolare all'Offerta Tecnica di ICU Medical Europe S.r.l. afferente al Lotto n. 2 della gara indetta da ESTAR per l'affidamento della fornitura di dispositivi e la preparazione e infusione (elastomeri) di farmaci antiblastici e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antiblastici con materiale di consumo per le aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Toscana e la conseguente acquisizione, anche in via istruttoria, della relativa documentazione in corso di giudizio, e per l'annullamento del provvedimento di ESTAR prot. 59552 del 20.10.2021 comunicato in pari data, di diniego di accesso documentale con riferimento alla domanda proposta da ICU Medical Europe S.r.l. prot. 37981/2021, relativa alle offerte tecniche (Busta B) afferenti al Lotto 2, presentate dagli operatori ammessi a partecipare alla Procedura aperta per l'affidamento della fornitura di dispositivi e la preparazione e infusione (elastomeri) di farmaci antiblastici e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antiblastici con materiale di consumo per le aziende sanitarie e ospedaliere della

Regione Toscana.

E, con i motivi aggiunti presentati il 7 dicembre 2021, per l'annullamento:

- del provvedimento prot. 57576 dell'11.10.2021 con il quale ESTAR ha comunicato l'aggiudicazione definitiva ex art. 76 c. 5 d.lgs. 50/2016 alla soc. ICU Medical Europe S.r.l. della procedura aperta per l'affidamento della fornitura di dispositivi e la preparazione e infusione (elastomeri) di farmaci antiblastici e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antiblastici con materiale di consumo per le aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Toscana, Codice Gara CUI 2018-032-0041, con riferimento al Lotto 2 Perforatore sterile per ricostruzione farmaci antiblastici;
- della D.D. ESTAR n. 1579 del 7.10.2021 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di ICU Medical Europe S.r.l. della Procedura aperta per l'affidamento della fornitura di dispositivi e la preparazione e infusione (elastomeri) di farmaci antiblastici e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antiblastici con materiale di consumo per le aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Toscana, Codice Gara CUI 2018-032-0041, con riferimento al Lotto 2 Perforatore sterile per ricostruzione farmaci antiblastici con riferimento al Lotto 2 Perforatore sterile per ricostruzione farmaci antiblastici;
- in parte qua del Verbale conclusivo della Commissione Giudicatrice dell'8.6.2021;
- in parte qua dei Verbali della Commissione del 21.10.2020, 12.11.2020,
- di ogni atto presupposto, conseguente e derivato.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di E.S.T.A.R. e della controinteressata ICU Medical Europe S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2022 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. BTC Medical Europe S.r.l. (di seguito, BTC) ha partecipato alla procedura aperta indetta nel dicembre 2019 da E.S.T.A.R. - centrale di committenza specializzata degli enti del servizio sanitario toscano - per l'affidamento della fornitura, mediante stipulazione di contratti quadro, di dispositivi per la preparazione e infusione di farmaci antiblastici e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antiblastici con materiale di consumo.

La controversia riguarda il lotto n. 2 della procedura, suddiviso in quattro sub lotti: *"2a Perforatore sterile per*

ricostituzione farmaci antitumorali per flaconi 13mm; 2b Perforatore sterile per ricostituzione farmaci antitumorali per flaconi 20mm; 2c Perforatore sterile per sacca e flacone collabile per ricostituzione di farmaci antitumorali; 2d Dispositivo autosigillante per la ricostituzione di farmaci antitumorali".

La società ricorrente si è collocata al secondo posto della graduatoria finale del lotto con 84,14 punti complessivi, alle spalle dell'aggiudicataria ICU Medical Europe S.r.l. (ICU) con 97,806 punti. Con l'atto introduttivo del giudizio, essa impugna l'aggiudicazione di cui alla determinazione del 7 ottobre 2021, in epigrafe, e contestualmente, il diniego di accesso alle offerte tecniche degli altri concorrenti, opposto da E.S.T.A.R. con provvedimento del 20 ottobre 2021.

1.1. Con motivi aggiunti depositati il 7 dicembre 2021, BTC ha reiterato le medesime censure già svolte in ricorso alla luce dei dati contenuti nell'offerta tecnica della vincitrice, della quale E.S.T.A.R. aveva frattanto consentito l'ostensione.

1.2. Costituitesi l'amministrazione procedente e la controinteressata, nella camera di consiglio del 14 dicembre 2021 la società ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare formulata con i motivi aggiunti, a fronte della celere trattazione di merito prospettata dal collegio.

1.3. Nella successiva camera di consiglio del 13 gennaio 2022, è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere quanto alla domanda incidentale proposta contro il diniego di accesso ai sensi dell'art. 116 co. 2 c.p.a..

1.4. La causa, infine, è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza dell'8 marzo 2022, preceduta dallo scambio fra le parti di memorie difensive e repliche.

2. Come riferito in narrativa, è impugnata l'aggiudicazione del lotto n. 2 della procedura per l'affidamento della fornitura di dispositivi per la preparazione e infusione di farmaci antitumorali e sistemi semiautomatici per la preparazione di farmaci iniettabili sterili e antitumorali, disposta da E.S.T.A.R. con determinazione del 7 ottobre 2021.

La ricorrente BTC, seconda classificata, incentra le proprie doglianze sui punteggi attribuiti dalla commissione di gara relativamente ai criteri di valutazione nn. 6 e 7, assumendo che l'accoglimento del gravame comporterebbe l'esclusione della prima classificata e, in ogni caso, il sovvertimento della graduatoria finale e la sua collocazione al primo posto con 98,49 punti, contro i 97,806 punti spettanti alla controinteressata ICU.

Con l'unico motivo di ricorso - dichiaratamente proposto "al buio", stante il diniego di accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicataria inizialmente opposto da E.S.T.A.R. - BTC sostiene che non vi sarebbe corrispondenza fra quanto dichiarato dalla controinteressata in sede di offerta tecnica e le effettive caratteristiche tecniche del prodotto offerto per il sub lotto 2D ("*Dispositivo autosigillante per la ricostituzione farmaci antitumorali*").

In particolare, per il criterio n. 6 - "*Minor volume interno della valvola*" la commissione ha attribuito a ICU il punteggio di 6,6, sul presupposto che il volume interno del prodotto offerto sia di 0,06 ml, mentre per il criterio n. 7 - "*Numero massimo di attivazioni della valvola autosigillante*", ICU ha dichiarato 600 attivazioni, cui è conseguito il punteggio di 8.

I dati presi in esame dalla commissione non sarebbero tuttavia corretti. Il volume interno della valvola offerta da ICU sarebbe infatti pari a 0,1 ml (non 0,06) e il numero massimo di attivazioni sarebbe di 100 (non 600), come la ricorrente ricava dalla documentazione tecnico-scientifica reperibile sul sito web di ICU, dalle dichiarazioni rese dai manager di ICU in ordine al prodotto offerto in gara e dai depliant illustrativi utilizzati dalla stessa ICU Medical.

A fronte di tali discrepanze, sorgerebbe in prima battuta l'onere della stazione appaltante di rivalutare le dichiarazioni rese dall'aggiudicataria ai fini di una eventuale esclusione ex art. 80 co. 5 lett. f-bis) del d.lgs. n. 50/2016, e comunque quello di riformulare in termini favorevoli alla ricorrente i punteggi attribuiti a ICU.

2.1. La fondatezza dell'impugnativa trarrebbe conferma dall'esame dell'offerta tecnica di ICU, che ha occasionato la proposizione dei motivi aggiunti.

Con il primo motivo aggiunto, BTC deduce che il volume interno della valvola CH2000S-PC offerta da ICU sarebbe pari a 0,1 ml, come attestato dagli allegati tecnici all'offerta della controinteressata: la relazione tecnica, nella quale si affermerebbe che lo "spazio morto" è pari a "0.10 ml"; e la scheda tecnica, nella quale con riferimento al cod. prodotto CH2000S-PC si leggerebbe, quanto alla valvola, "Capacity 0.1 ml".

Nella scheda informativa del lotto n. 2, di contro, la misura del volume interno della valvola sarebbe indicata in 0,06 ml, ma la commissione avrebbe omesso di rilevare la discordanza e di verificare le effettive caratteristiche del dispositivo, procedendo all'attribuzione di un punteggio premiante e, di nuovo, trascurando di rilevare l'esistenza di una possibile causa di esclusione ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c-bis ed f-bis d.lgs. n. 50/2016.

Quanto al criterio inerente il numero massimo di attivazioni della valvola autosigillante, il dato non sarebbe stato dichiarato da ICU e l'offerta, pertanto, non sarebbe stata valutabile sotto questo aspetto. Le 600 attivazioni dichiarate dalla controinteressata sarebbero espressamente riferite al dispositivo "*se utilizzato con il dispositivo di trasferimento a circuito chiuso privo di ago ChemoClave*", vale a dire al sistema completo "ChemoClave" prodotto da ICU, che tuttavia non sarebbe oggetto di fornitura (il sub lotto 2D riguarderebbe la singola valvola, non il sistema).

Inoltre, dall'offerta tecnica di ICU si ricaverebbe che la valvola in questione sarebbe universale, cioè funzionerebbe anche con altri adattatori diversi da quelli prodotti dalla medesima ICU, con la conseguenza che il numero di 600 attivazioni non sarebbe affatto garantito dal dispositivo ed erroneamente la commissione lo avrebbe posto a base del punteggio attribuito alla controinteressata con riguardo al criterio n. 7.

Con il secondo motivo aggiunto è denunciata l'incompletezza delle dichiarazioni rese da ICU, le quali non avrebbero reso in maniera intellegibile le informazioni richieste dalla legge di gara. Le informazioni circa il numero massimo di attivazioni della valvola sarebbero state rese in modo fuorviante, e perciò meritevole di esclusione, poiché la controinteressata avrebbe riportato il valore di 600 attivazioni riferibile all'utilizzo combinato con altro dispositivo non oggetto di valutazione e fornitura; e anche a voler ritenere che l'equivoco sia dipeso da un errore della commissione, e non dalla formulazione dell'offerta, quest'ultima resterebbe pur sempre priva di un dato essenziale per la valutazione della fornitura, con la conseguenza che se ne sarebbe dovuta disporre l'esclusione, o, in ipotesi, che essa non avrebbe meritato un punteggio superiore allo zero.

3. In via pregiudiziale la controinteressata ICU eccepisce l'irricevibilità del ricorso, notificato il 10 novembre 2021.

La determinazione impugnata, contenente l'aggiudicazione definitiva della gara, sarebbe stata pubblicata da E.S.T.A.R. nella sezione "Albo pretorio" del proprio sito web sin dall'8 ottobre 2021, di modo che, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 2 luglio 2020, n. 12, il termine per la proposizione del ricorso sarebbe scaduto il 7 novembre.

Inammissibili sarebbero di conseguenza i motivi aggiunti, oltretutto notificati ai soli procuratori delle parti costituite e pertanto non riqualificabili come ricorso autonomo.

L'eccezione è infondata.

Il tema della decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti e provvedimenti afferenti alle procedure di affidamento di contratti pubblici, come disciplinata dall'art. 120 co. 5 c.p.a., è stato recentemente affrontato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, con la decisione invocata dalla controinteressata (sentenza n. 12/2020), ha enucleato il principio in forza del quale la pubblicazione degli atti di gara eseguita ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 è idonea a far decorrere il termine, al pari della conoscenza delle informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, salva per queste ultime la possibilità di computare la dilazione corrispondente al tempo occorrente per assolvere all'istanza di accesso presentata dal concorrente interessato, laddove i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario o delle giustificazioni rese nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia: il computo della c.d. "dilazione temporale" risponde alla regola generale della piena conoscenza e conoscibilità del contenuto concreto degli atti lesivi, ed è conforme al diritto eurounitario, che non ammette l'obbligo di proporre impugnazioni "al buio" (*"in abstracto"*).

Il meccanismo, così ricostruito, rientra nel novero delle letture dell'art. 120 co. 5 cit. compatibili con l'art. 24 Cost. ed implica che, qualora la stazione appaltante neghi l'accesso agli atti di gara, il termine per impugnare non decorra con riferimento a quei vizi non altrimenti percepibili dal concorrente (cfr. Corte Cost., 28 ottobre 2021, n. 204), ovvero cominci a decorrere solo da quando l'accesso sia consentito o sia dimostrata la piena conoscenza di quegli atti da parte dell'interessato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1412; id., sez. III, 7 febbraio 2022, n. 847; id., sez. V, 21 giugno 2021, n. 4753).

Tanto premesso, nella specie i vizi denunciati dalla società ricorrente investono le valutazioni espresse dalla commissione di gara sull'offerta tecnica della ricorrente e necessitano, per essere verificati, della materiale disponibilità e della conoscenza dell'offerta stessa. Va pertanto escluso che il termine per impugnare l'aggiudicazione con riguardo a detti profili possa farsi decorrere dalla pubblicazione dell'8 ottobre 2021, che non accludeva l'offerta tecnica dell'aggiudicataria ICU e i relativi allegati.

Il ricorso introduttivo, benché proposto "al buio", deve nondimeno considerarsi ammissibile giacché contiene censure specifiche che la ricorrente - com'era sua facoltà, dopo essersi vista negare da E.S.T.A.R. l'accesso agli atti richiesto già in corso di gara - ha tentato di documentare con i (soli) mezzi di prova reperibili e nei tempi all'uopo strettamente necessari (si ricorda che il ricorso è stato notificato il 10 novembre 2021, a poco più di trenta giorni

dalla pubblicazione dell'aggiudicazione).

I motivi aggiunti, dal canto loro, sono tempestivi rispetto all'effettiva conoscenza dell'offerta tecnica della controinteressata e certamente ammissibili, costituendo sviluppo delle medesime censure già svolte con il ricorso con il supporto della documentazione acquisita mediante l'accesso.

4. Nel merito, l'impugnazione è fondata e può essere accolta nei termini che verranno illustrati di seguito.

4.1. Il disciplinare di gara, fra i criteri di valutazione del lotto n. 2, prevede quelli del "*Minor volume interno della valvola*" e del "*Numero massimo di attivazioni della valvola auto sigillante*", ambedue riferiti al sub lotto D - "*Dispositivo autosigillante per la ricostituzione di farmaci antiblastici*". Si tratta dei criteri identificati anche con i nn. 6 e 7 nei verbali della commissione di gara, che alla controinteressata ICU ha attribuito per tali criteri i punteggi di 6,6 (riparametrato a 10) e 8 sulla base dei dati riportati nella scheda-tipo informativa allegata all'offerta tecnica (allegato C.1).

Nella scheda si legge, quanto al criterio valutativo n. 6: "*2D: volume interno della valvola: 0.06 ml*". Di contro, nella relazione delle caratteristiche tecniche del lotto 2, parimenti allegata all'offerta di ICU, il paragrafo dedicato al sub lotto 2D descrive il dispositivo "*Spinning Spiros CH2000S-PC*", valvola bidirezionale con "*spazio morto*" di 0,1 ml; così come nella scheda tecnica del prodotto vi è un'illustrazione corredata dalla didascalia "*Capacity = 0,1 ml*".

La commissione, senza dare conto della incoerenza dei dati forniti da ICU, ha attribuito il punteggio sulla base del valore 0,06 ml. La controinteressata, nel difendersi in giudizio, sostiene che il criterio - al quale corrisponde un punteggio inversamente proporzionale, cioè tanto maggiore quanto minore è il volume interno della valvola - non avrebbe inteso premiare di per sé la minore capacità del dispositivo, bensì il minor volume residuo di farmaco presente all'interno del dispositivo stesso. Il valore di 0,06 ml, da essa riportato nella scheda-tipo informativa, esprimerebbe appunto alla quantità media residua di farmaco al termine della somministrazione al paziente, mentre il valore di 0,1 ml riportato negli altri documenti citati e corrispondente alla capienza massima della valvola, non rilevarebbe ai fini della valutazione qualitativa del prodotto.

Analogamente E.S.T.A.R. afferma che la commissione non avrebbe considerato la capacità *tout court* della valvola, ma, in applicazione del criterio dettato dal disciplinare, il valore residuo di farmaco risultante al momento della connessione/disconnessione della valvola con altro dispositivo facente parte del lotto 2.

La tesi difensiva delle parti resistenti si scontra con un dato testuale insuperabile. Anche la scheda-tipo informativa, al pari degli altri documenti sopra menzionati, fa riferimento al "*volume interno della valvola*", espressione univoca che descrive la capacità interna del dispositivo e che non può essere confusa con il "*volume di farmaco residuo*", o la "*quantità media residua di farmaco*", grandezze che non si riferiscono alla valvola, ma al medicinale somministrato al paziente.

D'altro canto, il criterio stabilito dal disciplinare riguarda non la quantità residua di farmaco, ma, lo si è visto, il "*minor volume interno della valvola*". Ed è noto che, a tutela dell'affidamento e della parità di trattamento dei concorrenti, deve sempre privilegiarsi l'interpretazione letterale della *lex specialis* di gara, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di un'obiettivo incertezza delle espressioni utilizzate (giurisprudenza granitica, fra le

moltissime cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2021, n. 5781; id., sez. VI, 23 giugno 2021, n. 4817; id., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7345).

Nella specie, l'espressione adoperata dal disciplinare non è equivocabile e ad essa avrebbe dovuto rigorosamente attenersi la commissione, obbligata al rispetto dell'autovincolo stabilito dalla stazione appaltante. Anche a voler concedere che il dato significativo ai fini del giudizio qualitativo sui dispositivi offerti dai concorrenti non sia quello del volume interno della valvola, ma quello della quantità residua di farmaco all'interno del dispositivo, la chiara lettera della legge di gara non consente l'interpretazione alternativa proposta dalle resistenti, la quale si risolve nella sostanziale sostituzione del criterio valutativo con altro e diverso criterio, oltretutto connotato da ben minore oggettività (il dato della quantità residua di farmaco dipende certamente anche da variabili soggettive legate alla manualità dell'operatore).

Il punteggio attribuito alla controinteressata sulla base di un valore che essa stessa riconosce non essere quello corrispondente al criterio di valutazione, è dunque viziato da un errore di fondo che ha finito per avvantaggiare ICU, il cui dispositivo presenta pacificamente un volume interno di 0,1 e non di 0,06 ml (per inciso, non importa stabilire se il dato di 0,06 ml corrisponda realmente al volume residuo di farmaco, come solamente in giudizio affermato da ICU, o sia frutto di un errore materiale, come potrebbe presumersi dal fatto che un altro dei dispositivi offerti da ICU, la valvola ClaveConnector di cui al sub lotto 2C, presenta uno "spazio morto" di 0.06 ml).

4.2. Considerazioni simili valgono per il punteggio attribuito all'aggiudicataria relativamente al criterio valutativo n. 7 - *"Numero massimo di attivazioni della valvola auto sigillante"*.

La scheda-tipo informativa compilata da ICU riporta che *"l'adattatore per siringa Spinning Spiros™ se utilizzato con il dispositivo di trasferimento a circuito chiuso privo di ago ChemoClave™ corrisponde alla definizione NIOSH di CSTD e contribuisce a proteggere medici e pazienti dall'esposizione a farmaci pericolosi. : Impedisce il trasferimento di batteri e altri contaminanti ambientali all'interno del sistema garantendo la sterilità del farmaco fino a 7 giorni e 600 attivazioni"*.

Analoga dicitura compare nella relazione descrittiva delle caratteristiche tecniche del lotto, la quale attesta anche la compatibilità del dispositivo con tutti i connettori *"needle free"* e con tutti i *"luer"* femmina.

La società ricorrente afferma che il dato delle 600 attivazioni, sulla cui base la commissione ha attribuito il punteggio alla controinteressata, non sarebbe riferibile al prodotto offerto, ma unicamente al sistema completo ChemoClave prodotto da ICU, e questo alla luce delle stesse dichiarazioni rese in gara dall'aggiudicataria. Il sistema completo, tuttavia, non è oggetto della fornitura, il che comporterebbe una vera e propria assenza dichiarativa quanto al numero di attivazioni del dispositivo, se utilizzato singolarmente.

E.S.T.A.R. e la controinteressata replicano che, sebbene suddiviso in quattro sub lotti, il lotto n. 2 sarebbe pur sempre da aggiudicare unitariamente a un unico concorrente e sarebbe formato da dispositivi necessariamente destinati a essere utilizzati in combinazione fra loro. Il dispositivo oggetto del sub lotto 2D avrebbe la funzione di "tappo" del sistema risultante dalla combinazione dei diversi dispositivi ricompresi negli altri sub lotti, e proprio un sistema chiuso sarebbe quello offerto da ICU, capace di garantire le 600 attivazioni dichiarate in gara. La *lex*

specialis, peraltro, non richiederebbe l'utilizzo del dispositivo in combinazione con quelli di altri produttori, fermo restando che anche in tale evenienza le 600 attivazioni sarebbero comunque assicurate, come da rapporto di laboratorio in atti.

Ancora una volta, la tesi delle parti resistenti trova smentita nella legge di gara.

Il criterio valutativo individuato dal disciplinare si riferisce, come detto, al "*numero massimo di attivazioni della valvola auto sigillante*" oggetto del sub lotto 2D, senza alcuna indicazione circa l'impiego della stessa in combinazione con i dispositivi oggetto degli altri sub lotti A, B e C. E poiché l'indicazione dell'utilizzo combinato della valvola con altro dispositivo è invece presente nel criterio valutativo n. 5 ("*Maggior semplicità e rapidità durante la manovra di prelievo con il sistema perforatore/valvola (voce b+d)*"), non è agevole sostenere che in via sistematica anche il criterio n. 7 debba essere letto nel senso di sottintendere lo stesso utilizzo combinato, pur in assenza della relativa indicazione, e questo perché, quando ha voluto riferirsi alla combinazione di più dispositivi appartenenti al lotto, il disciplinare lo ha fatto.

D'altro canto, detti dispositivi - ivi compresa la valvola del sub lotto 2D - sono tutti utilizzabili non soltanto in combinazione fra loro, ma anche singolarmente e/o in combinazione con dispositivi di produttori terzi, come si ricava dalla relazione tecnica descrittiva e dagli altri documenti presentati da ICU. La valvola "Spinning Spiros", per quanto qui interessa, è compatibile con tutte le tipologie di connettore senza ago e con tutti i "luer" femmina, ed è pacifico che possa - ma non debba - venire utilizzata con gli altri dispositivi della famiglia prodotti da ICU nell'ambito del sistema chiuso denominato "ChemoClave".

Che il lotto n. 2 in questione abbia ad oggetto un "sistema" unitario di ricostituzione di farmaci, come sostenuto dalle resistenti, non trova riscontro neppure nelle specifiche tecniche allegate al capitolato di gara (scheda C.H.1). Ad essere descritti come "*sistemi di ricostituzione di farmaci*", in conformità alla classificazione nazionale dei dispositivi medici (CND), sono unicamente i dispositivi oggetto dei sub lotti 2A, 2B e 2C, mentre la valvola del sub lotto 2D è classificata tra i "*raccordi, tappi, rubinetti...*"; e non vi sono evidenze che i quantitativi messi a gara per ciascuno dei sub lotti implicino necessariamente l'utilizzo combinato della valvola autosigillante con l'uno o l'altro dei sistemi di ricostituzione facenti parte del lotto (né E.S.T.A.R., né la controinteressata, individuano una relazione tra i quantitativi da acquistare, dalla quale possa ricavarsi che la valvola è effettivamente destinata all'utilizzo esclusivo in combinazione con gli altri dispositivi del lotto).

In definitiva, anche contestualizzando il dato letterale si ha la conferma che il disciplinare ha inteso premiare il numero massimo di attivazioni della valvola autosigillante e non del sistema chiuso composto dalla valvola e uno degli altri dispositivi appartenenti al lotto. Ai fini del punteggio, rilevano cioè le prestazioni offerte dalla valvola in combinazione con qualsiasi altro dispositivo, anche di produttori terzi.

Ne discende che il punteggio attribuito alla controinteressata per il criterio n. 7 è anch'esso erroneo, perché commisurato al numero di attivazioni delle quali la valvola è capace se utilizzata nel sistema "chiuso" ChemoClave di ICU, laddove il disciplinare di gara chiedeva di conoscere il numero di attivazioni di cui la valvola è capace in assoluto. E il dato mancante non può essere integrato *a posteriori* attraverso il rapporto di prova prodotto in giudizio da ICU, giacché all'integrazione osta il divieto di soccorso istruttorio relativamente alle carenze dell'offerta

(art. 83 co. 9 d.lgs. n. 50/2016).

4.3. Resta da chiarire se gli errori commessi dalla stazione appaltante nell'attribuzione dei punteggi siano stati indotti dalle dichiarazioni rese dalla controinteressata a corredo dell'offerta.

Circa il volume interno della valvola, si è rilevato come l'indicazione corretta (0,1 ml) sia presente nella scheda tecnica del prodotto e nella relazione tecnica descrittiva delle caratteristiche tecniche dei prodotti offerti. Nella scheda-tipo informativa compare invece un dato diverso (0.06 ml), che le parti resistenti in giudizio identificano come volume residuo del farmaco, circostanza che avrebbe dovuto suggerire alla commissione di chiedere quantomeno un chiarimento alla concorrente.

La condotta di quest'ultima non può peraltro qualificarsi come decettiva, stante la manifesta riconoscibilità della discrasia presente nella documentazione allegata all'offerta tecnica. È appena il caso di aggiungere che la necessità del chiarimento è oramai fugata per effetto della posizione assunta in giudizio da ICU (e da E.S.T.A.R.), che ha riconosciuto come il valore di 0,06 ml non si riferisca al volume interno della valvola.

Quanto al numero massimo di attivazioni della valvola (sub lotto 2D), la dichiarazione resa da ICU è chiara nel riferire il numero massimo di attivazioni all'utilizzo combinato con il dispositivo Chemo Clave prodotto dalla stessa ICU (*"se utilizzato con il dispositivo di trasferimento a circuito chiuso privo di ago ChemoClave..."*). Anche per questo aspetto non si ravvisa a carico della controinteressata la volontà di fuorviare la stazione appaltante.

5. In forza delle considerazioni che precedono, l'impugnato provvedimento di aggiudicazione dev'essere annullato.

5.1. E.S.T.A.R. provvederà al rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla riattribuzione dei punteggi assegnati alla controinteressata per i criteri valutativi n. 6 e n. 7, attenendosi alle indicazioni impartite con la presente sentenza. I nuovi punteggi attribuiti ad ICU dovranno, da un lato, corrispondere al possesso di una valvola avente volume interno pari a 0,1 ml (criterio n. 6) e, dall'altro, considerare che il numero massimo di attivazioni dichiarato da ICU (criterio n. 7) non corrisponde al dato richiesto dal disciplinare di gara. Seguirà, secondo i criteri già applicati in gara, la riparametrazione dei punteggi spettanti alla controinteressata e alla ricorrente e la formazione della graduatoria.

5.2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso nei sensi e per gli effetti illustrati in motivazione.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata ICU Medical Europe S.r.l. alla rifusione delle spese processuali, che liquida a carico di ciascuna in euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge e al rimborso del contributo unificato, quest'ultimo in ragione della metà per ciascuna.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Primo Referendario