

Pubblicato il 12/08/2024

N. 07094/2024REG.PROV.COLL.
N. 03054/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3054 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Elitechgroup S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9587912348, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Dettori, Teresa Felicetti, con domicilio eletto presso lo studio Salvatore Dettori in Roma, corso del Rinascimento 24;

contro

Azienda dei Colli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Cuccurullo, Rita Castaldo, Anna Rega, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

AB Analitica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mauro Crosato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 2118/2024, resa tra le parti;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Elitechgroup S.p.a. il 30/5/2024:

per la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto sottoscritto in data 5.04.2024 dall'Azienda Ospedaliera dei Colli ed in data 11.04.2024 da AB Analitica, con richiesta di subentro nel contratto;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di AB Analitica S.r.l. e di Azienda dei Colli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2024 il Cons. Raffaello Scarpato e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Elitechgroup S.p.a., società classificatasi al secondo posto nella procedura aperta per la fornitura di sistemi diagnostici per biologia molecolare e per microbiologia e virologia - lotto n. 27, indetta dall'Azienda Ospedaliera dei Colli (Monaldi – Cotugno – C.T.O.) di Napoli, ha impugnato l'aggiudicazione del suddetto lotto in favore di AB Analitica S.r.l., unitamente ai dei verbali di gara relativi ai lotti nn. 27, 7, 12, 18, 25 e 26, nella parte in cui l'offerta di quest'ultima società è stata ritenuta conforme alle caratteristiche minime indispensabili e non è stata disposta l'esclusione del predetto concorrente, nonché nella parte in cui è stato attribuito all'offerta di AB Analitica un punteggio maggiore di quello che le sarebbe in tesi spettato.

2. In particolare, la ricorrente in primo grado ha lamentato:

- la mancata esclusione della controinteressata in ragione della mancanza della certificazione CE del software "AB Genius Report 3" sostenendo che,

trattandosi di componente essenziale del sistema proposto da AB Analitica, esso avrebbe dovuto recare autonoma attestazione di conformità CE ai sensi del capitolato speciale d'appalto;

- la mancata esclusione della controinteressata in ragione del mancato rispetto della caratteristica minima n. 7) "salvataggio di curve multiple di calibrazione e controlli", di cui al capitolato speciale d'appalto, in quanto il software offerto dalla società aggiudicataria consentirebbe di salvare solo curve di calibrazione e non anche le "curve di controllo", come prescritto dagli atti di gara;

- il mancato rispetto della caratteristica minima n. 27 di cui all'Allegato 1 del capitolato speciale d'appalto, "Unità internazionali per CMV, EBV, BKV, Parvo B19, HHV6 da diverse matrici, espressamente indicate nei manuali di utilizzo dei prodotti": tali valori di quantità della sostanza non sarebbero stati indicati nel manuale d'uso del prodotto che, viceversa, avrebbe fatto esclusivo riferimento ad "Unità Internazionali";

- l'incompletezza dell'offerta della controinteressata relativamente alla tipologia e alla quantità dei test/materiale di consumo richiesti, in quanto sarebbe stato offerto un numero insufficiente di test/kit per calibratori e per controlli, con conseguente sottostima dell'offerta economica ed errata attribuzione del punteggio;

- l'erronea valutazione dell'offerta tecnica di AB Analitica, in relazione ai parametri "Ridotto uso di calibratori per ogni seduta analitica. Indicare frequenza necessaria - requisito G" e "Ridotto uso di controlli positivi e negativi per ogni seduta analitica - requisito H".

3. Il T.a.r. ha respinto tutti i motivi di ricorso con la sentenza oggetto del presente gravame.

4. Con atto di appello ritualmente notificato, Elitechgroup S.p.a. ha riproposto tutti i motivi di censura respinti dal primo giudice.

5. Si è costituita AB Analitica, riproponendo le eccezioni di inammissibilità non esaminate dal primo giudice e relative alla insindacabilità delle valutazioni della Commissione di gara (anche con riferimento ai punteggi attribuiti), alla

mancata impugnazione della *lex specialis* di gara da parte di Elitechgroup ed alla mancata produzione, da parte della medesima appellante, della “prova di resistenza”, ovvero della dimostrazione che la revisione del punteggio qualitativo sarebbe stata in grado di sovvertire la graduatoria di gara.

6. Nel merito, AB Analitica ha contestato i motivi di appello instando per la conferma della decisione impugnata.

7. Si è costituita l'azienda dei Colli di Napoli, eccependo l'inammissibilità del primo motivo di ricorso ai sensi dell'art. 104 c.p.a. e chiedendo la conferma della decisione impugnata nel merito.

8. Con ordinanza n. 2024/1781 è stata respinta l'istanza di misure cautelari formulata dall'appellante.

9. Con ricorso per motivi aggiunti, ritualmente notificato e depositato, l'appellante ha impugnato il contratto di appalto sottoscritto in data 5.04.2024 dall'Azienda Ospedaliera dei Colli ed in data 11.04.2024 da AB Analitica.

10. Le parti hanno depositato memorie conclusionali e repliche, insistendo nelle proprie deduzioni e difese ed AB Analitica ha eccepito, con la memoria depositata in data 24 giugno 2024, l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per violazione dell'art. 104 c.p.a..

11. All'udienza pubblica dell'11 luglio 2024 l'appello è stato introitato per la decisione.

12. L'appello non è fondato.

13. Preliminarmente, deve essere affrontata la questione concernente l'ammissibilità del ricorso per motivi aggiunti notificato e depositato dall'appellante in data 30 maggio 2024, avente ad oggetto il contratto di appalto sottoscritto in data 5.04.2024.

L'appellante ha precisato che il contratto è stato stipulato solo quando la causa era già giunta in grado di appello, ritenendosi obbligata a chiederne la declaratoria di inefficacia con motivi aggiunti direttamente nel presente grado di giudizio.

AB Analitica ha eccepito l'inammissibilità del gravame aggiuntivo per violazione dell'art. 104 c.p.a..

A parere del Collegio la questione non è rilevante.

L'appellante non era infatti tenuta a proporre motivi aggiunti avverso la stipula del contratto, in quanto nel ricorso introduttivo del giudizio è sostanzialmente insita e manifesta la volontà della ricorrente di ottenere la privazione degli effetti dell'eventuale contratto e di subentrare nell'aggiudicazione, in linea con l'art. 122 del d.lgs. n. 104/2010.

Invero, il legislatore non richiede che, qualora la stipulazione del contratto sopravvenga alla notifica del ricorso, la domanda di declaratoria di inefficacia vada proposta mediante motivi aggiunti.

14. Può ora passarsi all'esame delle altre eccezioni preliminari sollevate da AB Analitica.

15. Sono infondate le eccezioni relative all'inammissibilità del ricorso per insindacabilità delle valutazioni della Commissione di gara, anche con riferimento ai punteggi attribuiti, nonché alla mancata impugnazione della *lex specialis* di gara da parte di Elitechgroup.

Al riguardo è sufficiente rilevare che i motivi di ricorso sono diretti a contestare l'eccesso di potere per travisamento dei fatti, l'erronea valutazione dei presupposti, il difetto di istruttoria e la contraddittorietà o l'irragionevolezza manifesta dell'aggiudicazione, risultando pertanto ammissibili, in quanto non esorbitanti dal perimetro del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali e tecniche delle Commissioni giudicatrici.

Peraltro, la ricorrente in primo grado non era tenuta ad impugnare la *lex specialis* di gara, essendo il gravame diretto a contestare le modalità attraverso cui la stazione appaltante ha applicato il disciplinare di gara e non le regole della competizione in sé e per sé considerate.

Per quanto concerne l'eccezione relativa alla mancata allegazione, da parte di Elitechgroup, della prova di resistenza, osserva il Collegio che nel caso di

specie una tale dimostrazione non doveva ritenersi necessaria in relazione ai primi due motivi del ricorso introduttivo (relativi essenzialmente alla mancanza di qualità nell'offerta dell'aggiudicataria con conseguente necessità di esclusione) e che la stessa è stata correttamente fornita in relazione al terzo motivo di ricorso, avendo Elitechgroup dedotto che, in caso di accoglimento del motivo, la stessa si sarebbe collocata al 1° posto in graduatoria con 92,83 punti, mentre AB Analitica al 2° posto in graduatoria con 85,39 punti o al massimo con 88,37 punti.

Per tali ragioni, le eccezioni preliminari di AB Analitica devono essere respinte.

16. Stessa sorte spetta all'eccezione preliminare formulata dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 104 c.p.a. in relazione al primo motivo di appello, avendo Elitechgroup censurato con il primo motivo di ricorso di primo grado - come riproposto in grado di appello - l'offerta della controinteressata perché non conforme alle specifiche tecniche fissate dalla Stazione appaltante e richieste a pena di esclusione, non rinvenendosi pertanto alcuna violazione dell'art. 104 c.p.a..

17. Nel merito l'appello è infondato e deve essere respinto per le seguenti ragioni.

18. Con il primo ordine di motivi, l'appellante ha riproposto la censura concernente la mancata esclusione della controinteressata in ragione della carenza della certificazione CE del software "AB Genius Report 3", sostenendo che, trattandosi di componente essenziale del sistema proposto da AB Analitica, esso avrebbe dovuto recare autonoma attestazione di conformità CE ai sensi del capitolato speciale d'appalto.

Il T.a.r. ha respinto la censura richiamando la disciplina eurounitaria, che circoscrive l'obbligo di allegare una dichiarazione di conformità autonoma e specifica solo al software considerato separatamente, consentendo invece che, nel caso di software utilizzato in combinazione con il dispositivo principale, la dichiarazione di conformità prevista dall'art. 48 del Reg. UE n. 746/2017

possa riguardare il dispositivo complessivamente considerato (come nel caso oggetto del presente giudizio).

Peraltro, il primo giudice ha rilevato che le disposizioni della *lex specialis* (allegato 1 al capitolato speciale d'appalto) non richiedevano in maniera espressa una specifica attestazione di conformità CE per eventuali software che, ai sensi del Reg. UE 746/2017, non fossero considerati dispositivi medici a sé stanti.

L'appellante ha censurato la decisione deducendo, in sostanza, che il sistema proposto da AB Analitica è un sistema composto da più componenti, tra i quali vi è anche un software di interpretazione "AB Genius Report 3", il quale non possiede la certificazione CE, pur costituendo una componente essenziale del sistema offerto.

A supporto delle proprie deduzioni, l'appellante ha evidenziato che la dichiarazione di conformità CE del fabbricante del suddetto dispositivo attestava la conformità del sistema "Genequality Max" composto da "una workstation e da un software", quindi composto da un solo software (denominato "Genequality X120 FrontEnd"), mancando la certificazione dell'altro software (denominato "AB Genius Report 3").

La tesi dell'appellante non può essere condivisa.

L'art. 48 del Reg. UE 746/2017 prevede che prima di immettere un dispositivo sul mercato, i fabbricanti procedono a una valutazione della conformità del dispositivo.

L'art. 2 del medesimo Regolamento, al comma secondo definisce "*dispositivo medico-diagnostico in vitro*»: qualsiasi dispositivo medico composto da un reagente, un prodotto reattivo, un calibratore, un materiale di controllo, un kit, uno strumento, un apparecchio, una parte di attrezzatura, un software o un sistema, utilizzato da solo o in combinazione, destinato dal fabbricante a essere impiegato in vitro per l'esame di campioni provenienti dal corpo umano, inclusi sangue e tessuti donati, unicamente o principalmente al fine di fornire una o più delle seguenti informazioni...".

Il successivo comma 35 definisce il concetto di “*marcatura CE di conformità*” o “*marcatura CE*”: *una marcatura mediante cui un fabbricante indica che un dispositivo è conforme ai requisiti applicabili stabiliti nel presente regolamento e in altre normative di armonizzazione dell'Unione applicabili che ne prevedono l'apposizione*”.

Dalle disposizioni sopraindicate emerge che il dispositivo medico, il quale si può comporre di un software (a sua volta utilizzabile da solo o in combinazione), deve essere fatto oggetto di marcatura CE di conformità nel suo complesso e non limitatamente a singoli componenti, che evidentemente perdono la propria individualità in quanto parti di un sistema-dispositivo complesso, del quale il fabbricante deve valutare la conformità.

Nella presente procedura di gara, il fabbricante AB Analitica ha prodotto la dichiarazione che attesta la conformità del sistema “Generquality Max” ai sensi dell’art. 48 del Regolamento UE n. 746/2017, relativo ai dispositivi medico – diagnostici in vitro, composto da una workstation e da un software (AB Genius Report 3) parte integrante del dispositivo principale.

Il software è una componente essenziale del sistema e non opera al di fuori di esso, non dovendo pertanto essere corredato da un’apposita ed individuale dichiarazione di conformità, risultando sufficiente, ai sensi della normativa sovranazionale sopra richiamata, la dichiarazione di conformità riferita all’intero sistema, come fornita dal fabbricante ed allegata agli atti del giudizio.

Né può valere, in senso contrario, la distinzione introdotta dall’appellante tra il software di gestione interno della piattaforma “Genequality Max”, denominato “Genequality X120 FrontEnd” – al quale si riferirebbe la dichiarazione di conformità CE - ed il software “AB Genius Report 3”, che invece ne sarebbe privo.

Di ciò l’appellante non ha fornito evidenza, limitandosi a rilevare la produzione, da parte di AB Analitica, di due distinti manuali d’uso.

La deduzione non coglie nel segno, in quanto è evidente che la dichiarazione prodotta in corso di gara da AB Analitica si riferisca al software “AB Genius

Report 3”, dovendosi ritenere che il software “Genequality X120 FrontEnd” adempia a funzioni differenti, consentendo il funzionamento del macchinario. Ciò è reso evidente dal manuale d’uso del prodotto “Genequality Max”, che è costituito dalle seguenti parti:

- Il robot liquid handler;
- Il personal computer di controllo, che gestisce le operazioni eseguite dal robot e fornisce l’interfaccia utente per l’interazione con lo strumento;
- Un lettore di codici a barre fisso;
- Un lettore di codici a barre brandeggiabile.

Nel PC è installato il software “Genequality X120 FrontEnd”, che consiste in un’applicazione Microsoft Windows installata nel PC a fianco del robot liquid handler e che consente di controllare lo strumento.

Il software “AB Genius Report 3” consente invece di elaborare i risultati di una “seduta di PCR Real time” in termini di idoneità, presentandone i risultati in un report che può essere stampato.

Entrambi i software compongono il complesso sistema “Generquality Max” e non c’è motivo per ritenere che la dichiarazione di conformità riguardi solo il primo e non anche il secondo, come sostenuto dall’appellante, apparendo al contrario la dichiarazione riferibile nello specifico proprio al software “AB Genius Report 3”, dovendosi ritenere il software “GenequalitY X120 FrontEnd” necessario per il funzionamento del dispositivo e non per l’elaborazione e “reportizzazione” dei dati.

19. Anche il secondo motivo di appello è infondato.

Con tale censura l’appellante è tornata a sostenere che l’offerta di AB Analitica avrebbe dovuto essere esclusa per carenza della caratteristica minima ed indispensabile di cui all’allegato 1 del capitolato, relativa al “Salvataggio di curve multiple di calibrazione e controlli”, solo dichiarata dall’aggiudicataria ma non provata nelle relative schede tecniche, così come richiesto nella *lex specialis* di gara a pena di esclusione.

Tanto sarebbe dimostrato dall'esame del manuale del software offerto da AB Analitica ed allegato all'offerta tecnica, dal quale emergerebbe che il suddetto software non soddisfa la predetta caratteristica, prevedendo la possibilità di salvare solo le curve di calibrazione e non anche quelle dei controlli.

Il T.a.r. ha respinto la censura rilevando che l'idoneità al salvataggio dei controlli di qualità è stata attestata dalla AB Analitica in qualità di produttore del software nella relazione tecnica prodotta in sede di gara e riscontrato dalla Commissione di gara.

La statuizione merita conferma per i seguenti motivi.

Correttamente il T.a.r. ha richiamato l'art. 17 del disciplinare di gara, secondo cui la valutazione della conformità dell'offerta rispetto ai requisiti minimi e l'attribuzione del relativo punteggio doveva effettuarsi in base alla documentazione tecnica prodotta dai partecipanti, costituita da schede tecniche, *depliants* illustrativi, copia dei certificati, strumentazione o attrezzatura con evidenza delle caratteristiche indispensabili e di quelle auspicabili, con l'ulteriore precisazione che sarebbero state ritenute valide solo le schede tecniche fornite direttamente dal fabbricante.

In applicazione di tale disposizione, AB Analitica, che è fabbricante del prodotto offerto, ha attestato (cfr. scheda tecnica pg. 5, 7, 12. e 13) che il software "AB Genius Report 3" offre la possibilità di salvare e conservare nel suo archivio curve multiple di calibrazione e controlli, come pure verificato dalla commissione di gara nelle sedute del 3 e del 6 novembre 2023, confermando che il software presentato da AB Analitica offre la possibilità di salvare curve multiple di calibrazione e controlli.

20. Con il terzo motivo, l'appellante ha riproposto la censura relativa alla illegittima mancata esclusione di AB Analitica per incompletezza dell'offerta, per avere l'aggiudicataria offerto un numero insufficiente di calibratori e di test/kit per calibratori e per controlli necessari per ogni seduta/corsa ai fini dell'espletamento di tutti i test qualitativi e quantitativi richiesti dalla stazione

appaltante, secondo le indicazioni contenute nei propri manuali d'uso ai fini della validità dei test.

Il T.a.r. ha respinto la censura rilevando che nella relazione tecnica prodotta dalla società AB Analitica, valutata e validata dalla commissione di gara, erano state spiegate le ragioni del ridotto numero di calibratori e di controlli positivi e negativi per ogni seduta analitica, fondandosi la censura su di una presunta violazione delle prescrizioni di gara, tratta da una lettura parcellizzata di alcuni documenti dell'offerta e smentita dalle controdeduzioni e dalla documentazione allegata dall'aggiudicataria.

Pertanto, la doglianza si sarebbe risolta in una contestazione della valutazione svolta dal seggio di gara in ordine alla adeguatezza della soluzione tecnica proposta dalla aggiudicataria, risultando per tale ragione inammissibile.

L'appellante ha contestato tali statuizioni deducendo che l'offerta di AB Analitica risulterebbe incompleta in quanto non contempla le quantità di test/kit e calibratori necessari all'esecuzione dei test richiesti dalla stazione appaltante, come risultante dai manuali d'uso dello strumento, dei kit di amplificazione e del software offerti da AB Analitica.

Anche questo capo della sentenza merita conferma, dovendosi rilevare che a pg. 32 della relazione tecnica di AB Analitica è espressamente chiarito quanto segue:

“Il software AB Genius Report 3 offre la possibilità di salvare e conservare nel suo archivio le curve standard di ogni seduta, al fine di:

- confrontare nel tempo l'andamento delle curve standard;*
- sostituire nella seduta una curva non idonea con una idonea precedentemente salvata. È inoltre possibile non caricare lo standard di quantificazione ad ogni seduta, richiamando attraverso il software AB Genius Report 3 uno standard di una seduta salvata precedentemente, che utilizzava lo stesso lotto di reagente. Pertanto la frequenza minima di utilizzo dei calibratori è una per ogni cambio lotto reagenti.*

...omissis..

Per tutti i saggi quantitativi non è necessario aggiungere il Controllo Positivo in quanto gli standard già assolvono alla funzione dello stesso. Sarà invece necessario aggiungere un Controllo Negativo di amplificazione.”

La previsione è stata controllata e validata dalla commissione giudicatrice e confermata nella relazione del Direttore della UOC Microbiologia e Virologia depositata in giudizio, mentre l'assunto su cui si fonda la censura dell'appellante - relativa alla necessità che per ogni seduta analitica debbano impiegarsi tutti i calibratori e controlli di qualità che il sistema è in grado di gestire – non trova riscontro nei documenti di causa, risolvendosi in una inammissibile contestazione della valutazione operata dalla commissione, motivata dall'asserita mancata conferma di quanto riportato nella relazione tecnica dall'odierna controinteressata rispetto a quanto previsto dai manuali d'uso prodotti in causa da AB Analitica.

Detta discrepanza è stata sostenuta dall'appellante sulla base di personali valutazioni, suffragate da alcune ipotesi esemplificative, ma non poggia su alcun elemento scientifico, né l'appellante ha dedotto profili di macroscopica illogicità o irragionevolezza o apoditticità dell'operato della commissione, che segnano il limite del sindacato discrezionale del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche della stazione appaltante.

Al riguardo, è il caso di richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le valutazioni tecniche dell'amministrazione non sono sindacabili dal giudice amministrativo, se non quando appaiano, *per tabulas*, macroscopicamente illogiche o incongrue, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (ex multis, Cons. Stato, V, 28 ottobre 2015, n. 4942; V, 30 aprile 2015, n. 2198; V, 23 febbraio 2015, n. 882; V, 26 marzo 2014, n. 1468; III, 13 marzo 2012, n. 1409), ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione: tale apparenza dev'essere di immediata percezione, non essendo a tal fine "sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito,

meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte" (Cons. Stato, V, 26 maggio 2015, n. 2615; 18 maggio 2017, n. 3553).

Ebbene, nel caso del presente giudizio, l'appellante non ha fornito alcuna prova o indizio tale da far ritenere la valutazione operata dalla commissione di gara manifestamente illogica o irragionevole, anche e soprattutto in considerazione del fatto che l'assunto attoreo, secondo il quale per ogni seduta analitica fosse necessario il caricamento di tutte le posizioni di controllo e di calibrazione presenti, oltre a non essere previsto a pena di esclusione, non trova riscontro nella *lex specialis*, emergendo piuttosto dalla discrasia tra l'offerta e la relazione di AB Analitica ed i manuali d'uso, ritenuta sussistente solo secondo l'opinabile punto vista dell'appellante.

21. Il quarto ordine di censure concerne l'erronea valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata, che secondo le prospettazioni dell'appellante avrebbe meritato l'attribuzione di un punteggio inferiore rispetto a quello ottenuto in relazione alle seguenti caratteristiche in valutazione: (i) "Ridotto uso di calibratori per ogni seduta analitica. Indicare frequenza necessaria" (requisito G); (ii) "Ridotto uso di controlli positivi e negativi per ogni seduta analitica" (requisito H); (iii) "Caratteristiche e facilità di utilizzo delle cartucce" (requisito B); (iv) "Minore generazione di reflui liquidi a pieno carico" (requisito L).

La censura è inammissibile e comunque infondata per le seguenti ragioni.

E' necessario premettere il consolidato orientamento ripetutamente espresso dalla giurisprudenza di questa Sezione in relazione al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sull'attribuzione dei punteggi tecnici da parte della commissioni valutatrici.

Al riguardo, è stato affermato che "*il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di*

gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla commissione. ...Le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo... fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica” (v., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173; Cons. St., sez. III, 21 novembre 2018, n. 6572). Ne deriva che, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice, non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto, ciò che nel caso di specie, come ex professo sarà detto, non è affatto accaduto, in quanto non sono emersi detti travisamenti, pretestuosità o irrazionalità.” (ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. III, 9 giugno 2020, n. 3694).

Calando queste coordinate ermeneutiche nella fattispecie oggetto del presente giudizio, osserva il Collegio che, né nel primo grado, né in appello, Elitechgroup sia riuscita a delineare un serio e sufficientemente plausibile quadro indiziario dal quale poter desumere, anche in via presuntiva, che le valutazioni espresse dalla stazione appaltante potessero essere considerate manifestamente abnormi, irrazionali o illogiche.

Ed infatti, quanto ai parametri “Ridotto uso di calibratori per ogni seduta analitica. Indicare frequenza necessaria - requisito G” e “Ridotto uso di controlli positivi e negativi per ogni seduta analitica - requisito H” – relativamente ai quali la Commissione ha espresso un giudizio di ottimo, attribuendo il punteggio massimo di 4 sia ad Elitechgroup che ad AB Analitica - è sufficiente richiamare le considerazioni espresse al punto precedente, non potendo ritenersi la valutazione abnorme o illogica in ragione del fatto che il sistema ed i kit offerti da AB Analitica possono esse utilizzati secondo le modalità descritte nei manuali d’uso e riepilogate nella scheda tecnica prodotta in gara, come ritenuto dalla commissione e dall’esperto nominato dall’Amministrazione.

Con riferimento al parametro “Caratteristiche e facilità di utilizzo delle cartucce - requisito B” la commissione ha attribuito ad Elitechgroup il

punteggio massimo di 10 (corrispondente ad “ottimo”), mentre ad AB Analitica il punteggio di 7,5 (corrispondente a “buono”), differenziando sensibilmente i punteggi attribuiti; né si comprende per quale ragione l'appellante sostenga che la commissione avrebbe dovuto attribuire all'offerta di AB Analitica un punteggio ancora minore (in tesi “sufficiente”), considerato anche che il kit di estrazione fornito da AB Analitica (costituito da reagenti LIOFIL) si differenzia dal kit di estrazione di Elitechgroup (costituito da cartucce pre-caricate) in termini di facilità di utilizzo delle cartucce e dei reagenti, con la conseguenza che uno scarto di 2,5 punti appare logico e coerente a dare evidenza del *gap* tra le due offerte, parimenti rispondenti alle esigenze dell'Amministrazione.

Infine, con riferimento al criterio “Minore generazione di reflui liquidi a pieno carico - requisito L”, relativamente al quale sono stati illegittimamente attribuiti punti 6,00 a Elitechgroup e di punti 5,35 a AB Analitica, emerge dagli atti che la commissione, avendo riscontrato l'impossibilità di inserire nella formula prevista per il calcolo del punteggio il valore “0” per i reflui liquidi generati, ha deciso, al fine di attribuire un punteggio a tutti gli operatori economici, di assegnare il valore “1” alla quantità di reflui generati dalla prima, ed un punteggio proporzionale agli altri concorrenti. L'applicazione di questo criterio, esteso a tutti i partecipanti, ha determinato l'attribuzione del punteggio maggiore all'odierna appellante ed un punteggio inferiore ad AB Analitica, la cui offerta pure presentava valori modesti di reflui (0,12 l), il che rappresenta un'opzione logica e certamente non irragionevole, anche in considerazione del fatto che anche l'offerta di Elitechgroup non è verosimilmente apparsa alla commissione completamente esente dalla produzione del refluo (cfr. relazione tecnica di Elitechgroup).

21. Per queste ragioni l'appello deve essere respinto, con integrale conferma della decisione impugnata.

22. Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate in ragione della peculiare natura delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Scarpato

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO