

**APPALTI - LEGGE DI GARA - PRINCIPIO DI FAVOR PARTECIPATIONIS - DISCREZIONALITA' AMMINISTRATIVA - APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA - AUTOVINCOLO - DISCREZIONALITA' - ESCLUSA**

La stazione appaltante - pur essendo vincolata all'applicazione del principio di favor participationis, ben può adottare regole di gara che, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità in materia, possano garantire il perseguimento dell'obiettivo di fornire dispositivi che, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara, siano meglio rispondenti alle esigenze della stazione appaltante di garantire il paziente dal rischio, anche solo remoto, di contaminazione.

In applicazione del principio dell'autovincolo con riguardo ad una regola di gara - rispetto alla quale le prescrizioni minime stabilite nella *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela - non sarebbe stato consentito alla stazione appaltante di non rispettare la disciplina che essa stessa si era data, stante l'impossibilità che il *favor participationis* faccia premio sul principio di imparzialità e par condicio al quale deve conformarsi il corretto svolgimento della procedura selettiva.

**Consiglio di Stato, sez. III sentenza n. 5375 del 2024**

Publicato il 14/06/2024

**N. 05375/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 01350/2024 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 1350 del 2024, proposto dalla [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati [REDACTED] e [REDACTED] con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

la [REDACTED] S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED], con domicilio eletto presso il suo studio [REDACTED], in Roma, [REDACTED], n. 51 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

della [REDACTED], in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio;

della [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocata [REDACTED] e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il [REDACTED] Sezione II, [REDACTED] resa tra le parti, non notificata e concernente la gara centralizzata per la fornitura di aghi, siringhe e deflussori per le [REDACTED] di [REDACTED]  
[REDACTED]

Visto il ricorso in appello e relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione della [REDACTED] e della Gestione Elettromedicali Prodotti per Analisi S.r.l.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2024 il consigliere Luca Di Raimondo e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Si controverte nel presente giudizio sulla legittimità dell'esclusione della [REDACTED] dalla gara bandita dalla S.C.R. Piemonte S.p.a. (di seguito anche "SCR") per l'irregolarità delle siringhe per emogasanalisi e sulla relativa clausola della *lex specialis*, che introduce il requisito minimo della apirogenicità a pena di esclusione.

Con appello notificato il 5 febbraio 2024 e depositato il 19 febbraio successivo, la BD ha impugnato, chiedendone la riforma previa istanza cautelare, la sentenza 3 novembre 2023, n. 860, con cui Tar Piemonte ha respinto il suo ricorso per l'annullamento:

*«-di tutti gli atti inerenti alla gara regionale centralizzata per la fornitura di aghi, siringhe e deflussori e la prestazione di servizi connessi per le ASR delle Regioni Piemonte, Lombardia, Valle d'Aosta e Molise (58-2022), limitatamente al lotto n. 67, recante «siringhe per emogasanalisi»;*

*-della comunicazione di esclusione dal lotto n. 67, trasmessa a mezzo PEC e piattaforma SINTEL il 21/07/2023;*

*-della determinazione di indizione del direttore appalti n. 151 del 9 giugno 2022;*

*-della determinazione del direttore appalti n. 194 del 15 luglio 2022, recante rettifica alla *lex specialis* di gara;*

*-dell'avviso di rettifica e proroga dei termini del 15/07/2022;*

*-della determinazione del direttore appalti n. 281 del 24/11/2022, recante nomina delle Commissioni Giudicatrici;*

*-della documentazione di gara, così come rettificata, e segnatamente del bando di gara, del disciplinare di gara e dei suoi allegati, dello schema di accordo quadro, del capitolato tecnico e dei suoi allegati, inclusi l'allegato "A - Tabella Prodotti" e l'allegato "B - Criteri di Valutazione", dei modelli di gara;*

*-di tutti i chiarimenti e precisazioni fornite dalla stazione appaltante;*

*-di tutti gli avvisi e/o le comunicazioni pubblicate in occasione della procedura di gara;*

*-di tutti i verbali di gara, per la parte di interesse e relativa al lotto n. 67, ivi compresi: il verbale di prima seduta riservata della commissione 1 del 10 novembre 2022; il verbale della settima seduta riservata della commissione 1 del 17 febbraio 2023; il verbale dell'ottava seduta riservata del 8 marzo 2023; il verbale della nona seduta riservata del 17 marzo 2023; il verbale della dodicesima seduta riservata della commissione 1 del 18 maggio 2023; il verbale della quattordicesima seduta riservata della commissione 1 del 14 giugno 2023; il verbale della quindicesima seduta riservata della commissione 1 del 29 giugno 2023; il verbale della quarta seduta pubblica telematica del 19 luglio 2023; il verbale della dodicesima seduta riservata del seggio di gara del 31 luglio 2023; il verbale della tredicesima seduta riservata del seggio di gara del 2 agosto 2023; il verbale della quattordicesima seduta riservata del seggio di gara del 3 agosto 2023, ivi compresi tutti i rispettivi allegati;*

*- del provvedimento di nomina del seggio di gara;*

*-del provvedimento di ammissione alle successive fasi di gara di tutti i concorrenti;*

*-della graduatoria finale e della proposta di aggiudicazione, ove intervenuta;*

*-del provvedimento di aggiudicazione, ove intervenuto;*

*-dell'eventuale provvedimento di declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione, ove intervenuto;*

*-di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale e comunque lesivo, ancorché non conosciuto; nonché per l'annullamento, per la declaratoria di inefficacia e/o di nullità della convenzione eventualmente stipulata in relazione al lotto n. 67;*

*nonché per la condanna al risarcimento dei danni in forma specifica, nonché – in via subordinata – per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente?'*

Deduce la BD che:

- con determina direttoriale n. 151 del 9 giugno 2022, la SCR ha bandito una gara *“per l’affidamento della fornitura di Aghi, siringhe e deflussori e la prestazione di servizi connessi, da destinarsi alle Aziende Sanitarie delle Regioni Piemonte, Lombardia, Valle d’Aosta e Molise (gara 58-2022), articolata in 84 lotti, per un importo complessivo massimo presunto pari ad 162.973.400,72 oltre IVA, comprensivo delle opzioni previste, di cui oneri della sicurezza pari a 0,00 (zero)”*;
- la procedura di evidenza pubblica è stata strutturata nella forma dell’Accordo Quadro della durata di ventiquattro mesi, oltre eventuali opzioni, e articolata in ottantaquattro lotti, fra i quali il lotto n. 67 per cui è causa, con un importo a base d’asta pari ad € 770.966,00, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso i sensi dell’articolo 95, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*, trattandosi di forniture standardizzate;
- per l’aggiudicazione del lotto in questione hanno presentato offerta BD e la Gestione Elettromedicali Prodotti per Analisi S.r.l. (di seguito anche “GEPA”);
- come stabilito nella seduta riservata del 17 febbraio 2023 dalla Commissione giudicatrice, il 9 marzo 2023 il RUP ha chiesto alla BD di voler *“specificare in quale parte della documentazione tecnica è possibile evincere che il prodotto offerto possiede il requisito minimo <apirogeno>”*;
- con nota di riscontro 16 marzo 2023, l’interessata ha proceduto, da un lato, a *“confermare, prima di tutto, la piena ottemperanza dei dispositivi alle prescrizioni di cui alla lex specialis”* e, dall’altro, ad informare la stazione appaltante che *“il requisito minimo circa l’apirogenicità non è una caratteristica ascrivibile a codesto dispositivo”*;
- con nota inviata il 27 luglio 2023, la SCR ha disposto l’esclusione della BD, *“considerato che il concorrente non ha precisato se il prodotto offerto è o non è apirogeno comunica di essere impossibilitata alla valutazione di idoneità”*, come rilevato dal seggio di gara nella seduta riservata del 17 marzo 2023 con decisione impugnata in prime cure;

- con istanza trasmessa il 14 settembre 2023, l'appellante ha dunque chiesto all'Amministrazione di sospendere in autotutela l'esclusione e l'aggiudicazione nelle more disposta;
- SCR ha respinto la richiesta con provvedimento pure impugnato dalla ricorrente in prime cure;
- contro gli atti suindicati la BD ha proposto ricorso dinanzi al Tar Piemonte.

2. Con la sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 c.p.a. impugnata in questa sede, il Tribunale territoriale ha rigettato il ricorso contro il provvedimento di esclusione ed il ricorso per motivi aggiunti per l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti di gara.

3. L'appellante affida il proprio gravame ad unico motivo di censura, articolato in vari profili di doglianza, con i quali lamenta:

*“Error in procedendo ed error in iudicando. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà. Irragionevolezza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 30, 68, 83, 94, 95 d.lgs. 50/2016, della Dir. 2014/24/UE, della Dir. 93/42/CE, del D.lgs. 46/1997, della Dir. 98/79/CE, del Reg. 2017/745, degli artt. 1, 3, 10, 10-bis, 21-octies, 21-nonies, della legge n. 241/1990 degli artt. 3 e 97 Costituzione. Violazione e falsa applicazione degli artt. 15, 20, 21, 22, 25 del disciplinare; violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 4.2., 4.2.1., 4.2.2., 4.2.3. del capitolato tecnico, dell'allegato a) tabella prodotti e dell'ulteriore documentazione di gara. Violazione dei principi parità di trattamento, parità di condizioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, tutela della concorrenza, di economicità, di efficacia, proporzionalità, ragionevolezza; difetto di istruttoria; difetto di motivazione, travisamento dei fatti; falsità dei presupposti; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza; sviamento.”*: secondo l'appellante, la sentenza sarebbe erronea, poiché il Tar avrebbe, in sintesi, omesso di considerare ed adeguatamente valorizzare che:

- i) sussiste la piena conformità dei dispositivi alle prescrizioni di cui alla *lex specialis* dichiarata da BD in risposta alla richiesta di chiarimenti formulata dalla Commissione di gara;
- ii) come risulterebbe dal documento n. 32 versato in atti in primo grado dalla ricorrente, il prodotto in questione (o, addirittura, l'intera linea BD *Preset Syringe* e *BD A-Line Syringe*) è stato testato positivamente dalla *Food & Drug Administration* (di seguito anche "FDA") ai fini dell'immissione in commercio sul mercato americano;
- iii) sono stati condotti positivamente i test di conformità alla ISO 10993-1 e, dunque, è stata accertata la conformità a tale *standard* che, di per sé, implicherebbe l'accertamento della caratteristica di apirogeno delle siringhe offerte in gara;
- iv) in presenza di ulteriori dubbi da parte della stazione appaltante sul possesso del requisito in questione, la Commissione di gara avrebbe dovuto in ogni caso procedere con un'ulteriore richiesta di chiarimenti e il giudice aveva il potere e il dovere di verificare se il vizio in questione fosse solo formale o sostanziale, attivando il soccorso istruttorio processuale;
- v) il dispositivo offerto in gara può generare un innalzamento della temperatura solo a condizione (nella fattispecie da escludersi) che venga a contatto diretto con il paziente;
- vi) in sede di richiesta di annullamento in autotutela, l'Amministrazione nulla ha controdedotto in ordine all'istanza dell'operatore economico;
- vii) la disposizione di cui all'art. 4.2.1. del capitolato tecnico, laddove ritenuta contenente una clausola espulsiva, deve ritenersi illegittima per violazione delle norme unionali in materia.

BD chiede inoltre il risarcimento in forma specifica tramite l'aggiudicazione dell'appalto e, in via subordinata, per equivalente, con riserva della sua quantificazione da liquidarsi anche in via equitativa, formulando in sede di

memoria depositata il 14 maggio 2024 istanza di verifica o CTU, alla quale le controparti si sono opposte con gli scritti difensivi.

4. GEPA si è costituita in giudizio con atto depositato il 27 febbraio 2024 ed ha depositato memoria difensiva in vista della camera di consiglio il 12 marzo 2024.

5. SCR ha depositato atto di costituzione il 29 febbraio 2024 e memoria difensiva il 12 marzo 2024, data nella quale l'appellante ha depositato una propria memoria.

6. Alla camera di consiglio del 14 marzo 2024 il Presidente ha disposto il rinvio della causa per abbinamento al merito all'udienza pubblica del 30 maggio 2024, in vista della quale SCR e BD hanno depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. e tutte le parti memoria di replica il 17 e il 18 maggio 2024.

7. All'udienza del 30 maggio la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello è complessivamente infondato.

Il punto centrale della controversia attiene vuoi alla clausola prevista dalla *lex specialis* in ordine al requisito della apirogenicità previsto a pena di esclusione, vuoi all'applicazione che ne ha fatto il seggio di gara disponendo l'esclusione dell'offerta di BD, reiterata con il rigetto della domanda di annullamento in autotutela.

9. L'articolo 4.2.1 del Capitolato tecnico recante *Caratteristiche tecniche generali comuni* prevede che “*i Prodotti oggetto della fornitura devono essere conformi alle norme vigenti in campo nazionale e comunitario; dovranno rispondere ai requisiti previsti dalle disposizioni vigenti*” e che dovranno essere “*perfettamente puliti, privi di scorie di produzione, sterili ed apirogeni (ad eccezione del Lotto 75)*”.

Quanto alla censura articolata avverso la suindicata prescrizione della *lex specialis* - in disparte i profili relativi alla sua tempestività e alla contraddittorietà dell'affermazione di parte appellante circa il possesso del requisito in questione, sui quali si può soprassedere in ragione degli assorbenti rilievi di infondatezza della doglianza - la stazione appaltante in primo grado ha illustrato le ragioni, non manifestamente illogiche, tenuto conto dei limiti al sindacato giurisdizionale

esperibile sulle valutazioni tecniche di questo tipo, per le quali si è ritenuto di includere l'apirogenicità fra i requisiti di minima che tutti i prodotti oggetto della fornitura dovevano necessariamente possedere.

La disposizione si presenta dunque coerente con l'impianto complessivo della gara ed immune dai vizi denunciati, considerato che la stazione appaltante - pur essendo vincolata all'applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'introduzione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n. 10932) - ben può adottare regole di gara che, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità in materia, possano garantire il perseguimento dell'obiettivo di fornire, come nel caso in esame, dispositivi che, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara, siano meglio rispondenti alle esigenze della stazione appaltante di garantire il paziente dal rischio, anche solo remoto, di contaminazione (sui limiti all'inserimento di requisiti tecnico-professionali dell'impresa, cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 luglio 2023, n. 6826; Sezione V, 8 agosto 2023, n.7649).

L'ambito del sindacato del giudice in materia trova precisi limiti in base a costante giurisprudenza, secondo cui l'attività dall'Amministrazione è connotata in materia da ampi margini di discrezionalità, rispetto ai quali il controllo di legittimità, pur essendo pieno, ha ad oggetto la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'*iter* logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente individuato dal giudice (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione V, 24 agosto 2023, n. 7931).

In applicazione del principio dell'autovincolo (tra le tante, Consiglio di Stato, Sezione III, 25 luglio 2023, n. 7293) con riguardo ad una regola di gara - rispetto alla quale le prescrizioni minime stabilite nella *lex specialis* vincolano non solo i

concorrenti, ma anche la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 5 marzo 2020 n. 1604) - non sarebbe stato consentito alla stazione appaltante di non rispettare la disciplina che essa stessa si era data, stante l'impossibilità che il *favor participationis* (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n.10932) faccia premio sul principio di imparzialità e *par condicio* al quale deve conformarsi il corretto svolgimento della procedura selettiva.

In questa prospettiva, resiste alle critiche dell'appellante la sentenza impugnata, laddove con essa si è stabilito che *“Il requisito preteso dalla stazione appaltante, nel caso di specie, non risulta ultroneo. Invero, il fatto che il sangue del paziente entri in contatto, oltre che con l'ago, con la siringa, giustifica la prescritta apirogenicità, anche a prescindere dalle linee guida richiamate dalla difesa della resistente (documento n. 2). Né, del resto, la certificazione che contraddistingue il dispositivo proposto dalla deducente risulta attestare la suddetta caratteristica. Peraltro la società istante è stata messa in condizione di documentare e chiarire, in sede di soccorso procedimentale, l'esistenza della specifica tecnica in questione e tuttavia non ha fornito documentate delucidazioni in senso conforme all'art. 4.2.1 del capitolato tecnico.”*

10. Vanno peraltro condivise al riguardo le osservazioni di GEPA, sulle quali BD non ha adeguatamente controdedotto, che sottolinea come ai pirogeni (sostanze che causano un innalzamento della temperatura attraverso l'attivazione del sistema immunitario) appartengono vari contaminanti di natura microbica e non microbica, con la conseguenza che sono sostanze pirogene sia quelle derivanti da batteri, virus, lieviti e funghi, che le particelle di gomma, microparticelle di plastica o composti metallici di elastomeri (composti usati frequentemente nella produzione di materiale medico), così che si giustifica che la sterilità di un prodotto non implichi automaticamente che esso sia anche apirogeno poiché, come detto, la presenza di pirogeni può dipendere dal materiale in cui il prodotto è realizzato.

11. La giurisprudenza ha individuato il punto di caduta della conciliazione della dialettica tra i due principi dell'autovincolo e del *favor participationis* anche con la possibilità di chiedere chiarimenti all'offerente, stabilendo che sussiste sempre la possibilità (non ricorrente quando lo stesso operatore economico dichiara l'equivalenza del prodotto offerto, come non è nel caso per cui è causa) “*di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487)*” (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n. 10931).

12. Ed è proprio quanto accaduto nella vicenda da cui origina il presente contenzioso.

Con nota del 9 marzo 2023, il RUP ha comunicato all'offerente che, “*fermo restando l'impossibilità di integrazione dell'offerta tecnica, la Commissione giudicatrice richiede:*

*1) per il lotto 5, di specificare in quale parte della documentazione tecnica è possibile evincere che l'AGO offerto possiede il requisito minimo “non carotante”;*

*2) per il lotto 58, di specificare la misura della siringa offerta per la Voce G), nel Modello C e nella Scheda tecnica è dichiarato 50/60 ml;*

*3) per il lotto 63, di specificare la misura in ml e in Unità internazionale (U.I.) della siringa offerta per la Voce B);*

*4) per il lotto 67, di specificare in quale parte della documentazione tecnica è possibile evincere che il prodotto offerto possiede il requisito minimo “apirogeno”;*

*5) per il lotto 68, di specificare in quale parte della documentazione tecnica è possibile evincere che il prodotto offerto possiede il requisito minimo “apirogeno”;*

6) per il lotto 69, di specificare in quale parte della documentazione tecnica è possibile evincere che il prodotto offerto possiede il requisito minimo “apirogeno”.

Con nota 16 marzo 2023 Rif. 13546494/22.W2bis, BD ha preso posizione su quanto richiesto dalla stazione appaltante, dichiarando che:

1) “circa il requisito minimo di apirogenicità ascrivibile ai dispositivi offerti ai lotti 67, 68 e 69, siamo con la presente a confermare, prima di tutto, la piena ottemperanza dei dispositivi alle prescrizioni di cui alla *lex specialis*.”;

2) “per quanto concerne il Lotto 67:

*In riferimento al codice 364316, trattandosi di un dispositivo conforme alla Direttiva CE-IVD 98/79/EC come da documento denominato “a. – Dich. conform. 364316\_DoC”, non provvisto di ago e che di conseguenza non entra mai in contatto diretto con il paziente, si informa che il requisito minimo circa l’apirogenicità non è una caratteristica ascrivibile a codesto dispositivo.”;*

3) “per quanto concerne il Lotto 68

*In riferimento ai cod. 364390 e 364391, il requisito minimo relativo alla apirogenicità è rinvenibile all’interno del documento denominato <a - dich conform ce 364390\_364391>”.*

La risposta dell’offerente attesta, dunque, genericamente che tutti i prodotti offerti rispondono a quanto richiesto dal SCR, che sussiste il requisito minimo della apirogenicità previsto dalla *lex specialis* per il lotto n. 68 e che tale requisito non è una caratteristica propria dei prodotti offerti per il lotto 67.

Correttamente, dunque, la stazione appaltante ha deciso di escludere BD, non avendo l’operatore economico chiarito se per il lotto in questione i prodotti offerti garantissero il rispetto dello *standard* che garantisce di evitare l’aumento della temperatura per gli utenti.

Da questo punto di vista, risulta adeguatamente motivato il relativo provvedimento, nel quale l’Amministrazione ha comunicato alla società appellante che era stata esclusa da vari lotti tra cui il n. 67, rispetto al quale “la Commissione

*giudicatrice rilevato che il Capitolato tecnico all'art. 4.2.1 "CARATTERISTICHE TECNICHE GENERALI COMUNI", per tutti i lotti, prevedeva che i prodotti fossero [...] apirogeni [...] e considerato che il concorrente non ha precisato se il prodotto offerto è o non è apirogeno comunica di essere impossibilitata alla valutazione di idoneità".*

Al di là della formulazione utilizzata, è evidente che la stazione appaltante avesse inteso comunicare, nell'ambito del consentito soccorso istruttorio che, alla luce della dichiarazione a chiarimento fornita dall'interessata, la sua offerta si doveva ritenere non conforme alla *lex specialis*.

La decisione impugnata risulta corretta, sia con riferimento alla delibazione sui motivi di doglianza rispetto provvedimento di esclusione, laddove il primo giudice ha stabilito che *“la mancata specificazione e prova della caratteristica in questione, nonostante la specifica richiesta di chiarimenti sul punto, legittima l'esclusione dalla procedura di gara della ricorrente, senza che possa operare l'istituto del soccorso istruttorio, atteso che la ricorrente avrebbe soltanto dovuto indicare la parte dell'offerta tecnica (già prodotta) dalla quale evincere la sussistenza del requisito di apirogenicità”*; sia con riguardo ai motivi aggiunti con cui viene lamentata la *“carenza di istruttoria e di motivazione, in quanto l'amministrazione ha espressamente esaminato l'istanza di autotutela, dando conto delle osservazioni fatte pervenire dalla ricorrente in sede di chiarimenti e giungendo a confermare la propria precedente determinazione, con richiamo per relationem delle ragioni a supporto dell'esclusione”*, essendo *“impossibilitata a dichiarare l'idoneità del prodotto, stante la mancata indicazione della “parte di documentazione presentata” dalla quale potersi desumere la sussistenza del requisito minimo richiesto.”*

13. Condivisibilmente il Tribunale territoriale ha stabilito sul punto che la risposta di BD alla richiesta di chiarimenti, *“confessoria dell'assenza del prescritto requisito, ha come presupposto, ad avviso del Collegio, la certificata conformità a standard che non prevedono l'apirogenicità, come si desume a contrario da quanto dichiarato dalla società istante per il lotto n. 68, rispetto al quale la stessa evidenzia che “il rispetto dello standard EN ISO 10993 rende*

*implicita la qualità di non pirogeno del dispositivo” (documento n. 7 depositato in giudizio dalla società di committenza resistente), giacché la conformità a tale standard non è sottesa nelle marcature CE del prodotto offerto in relazione al lotto n. 67 (documento n. 3 depositato in giudizio da Gepa s.r.l.).”*

In sostanza, ritiene il Collegio che la risposta data dall’odierna appellante, limitata a una generica affermazione di conformità dei prodotti offerti alle specifiche tecniche minime richieste dalla *lex specialis*, palesemente non forniva riscontro alla richiesta di chiarimenti della Commissione, la quale era specificamente intesa a ottenere l’indicazione della parte dell’offerta tecnica da cui si evinceva la sussistenza del requisito della apirogenicità.

Secondo BD, il possesso del requisito richiesto risulterebbe dal documento n. 32 versato in atti in primo grado dalla ricorrente, secondo cui il prodotto in questione (o, addirittura, l’intera linea BD *Preset Syringe* & *BD A-Line Syringe*) è stato testato positivamente dalla *Food & Drug Administration* (di seguito anche “FDA”) ai fini dell’immissione in commercio sul mercato americano, e dai *test* positivi di conformità alla ISO 10993-1 che, dunque, accerterebbero la conformità a tale criterio che, di per sé, implicherebbe e darebbe evidenza della caratteristica di apirogeno delle siringhe offerte in gara.

A fronte della risposta ai chiarimenti da parte di BD, la stazione appaltante in prime cure ha efficacemente evidenziato come, da un lato, la sussistenza del requisito *de quo* non potesse evincersi dalla mera marcatura CE attestante la conformità del prodotto alle direttive richiamate nella *lex specialis*, e, per altro verso, che la documentazione attestante la sottoposizione del prodotto a test da parte di FDA risulta prodotta dall’istante per la prima volta in giudizio, non essendo stata né allegata all’offerta né prodotta nella sede del soccorso istruttorio.

Né a conclusioni diverse potrebbe giungersi valorizzando diversamente, come ritiene l’appellante, il documento n. 32 prodotto in prime cure che, al di là della sua

tardività e del contesto (processuale) in cui è stato allegato, non consente di ritenere rispettato il requisito, atteso che dichiara la conformità dei dispositivi ai quali si riferisce a standard EN ISO totalmente diversi da quelli indicati nella marcatura CE del prodotto offerto in gara da BD, poiché la marcatura CE della siringa codice 364316 indica la conformità del dispositivo alla normativa UNI EN ISO 13485, ISO 14971, ISO 11737, ISO 556, ISO 15223, ISO 18113, mentre il documento n. 32 riguarda prodotti conformi alla normativa UNI EN ISO 10993, USP 42, ASTM F 2148, ISO 11137, ASTM D 4169 e ISO 15223.

Quanto all'asserito rispetto dei *test* utilizzati dalla FDA, non è predicabile – pena un'evidente violazione della *par condicio* dei concorrenti - né che la Commissione fosse tenuta ad aprire un'ulteriore fase di interlocuzione, chiedendo ulteriori chiarimenti all'odierna appellante, né che della documentazione in giudizio il Tar potesse tenere conto favorevolmente, in applicazione del cosiddetto soccorso processuale, considerato che il richiamo di parte appellante al paragrafo 13 del Disciplinare, che consentiva alla stazione appaltante di chiedere “*ulteriori precisazioni o chiarimenti*” qualora in esito alla prima richiesta il concorrente avesse prodotto “*dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta*” è pacificamente riferibile al solo soccorso istruttorio, ossia a quello relativo alla domanda di partecipazione ed ai requisiti, e non può essere esteso anche al soccorso procedimentale, nel senso che i chiarimenti sull'offerta possono essere chiesti una volta sola, dopo di che o sono resi o non sono resi.

Come pure posto in rilievo dalle parti intime in prime cure, il requisito di minima dell'apirogenicità era richiesto in via generale per tutti i prodotti oggetto della fornitura dal paragrafo 4.2.1 del Capitolato tecnico (rubricato difatti “*Caratteristiche tecniche comuni*”), da cui deriva l'impossibilità di sostenere la sua non necessità per i prodotti oggetto del lotto n. 67, ciò risolvendosi in una non consentita disapplicazione della disciplina di gara.

14. In base a tutte le considerazioni che precedono, in conclusione, l'appello va respinto, precisandosi che è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209, 13 settembre 2022, n. 7949, e 18 luglio 2016, n. 3176).

15. La particolarità della vicenda contenziosa e delle questioni giuridiche trattate consente di disporre la compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso (n.r.g. 1350/2024), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Pescatore, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Luca Di Raimondo**

**IL PRESIDENTE**  
**Giovanni Pescatore**

IL SEGRETARIO