

Publicato il 09/10/2023

**N. 00149/2023 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00057/2023 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 Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 57 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Greiner Bio - One Italia S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Aliverti e Domenico Greco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

- Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento (APSS), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso ai sensi dell'art. 41 del d.p.r. 1 febbraio 1973, n. 49 come sostituito dall'art. 1 del d.lgs. 14 aprile 2004, n. 116 dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domiciliazione elettiva in Trento, largo Porta Nuova, n. 9;

- Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento (APSS) - Servizio Gare Europee, non costituitasi in giudizio;

- Azienda Sanitaria dell'Alto Adige - Südtiroler Sanitätsbetrieb (ASDAA), non costituitasi in giudizio;

*nei confronti*

- Becton Dickinson Italia S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Flavio Lorusso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust (AGCOM), non costituitasi in giudizio;
- Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), non costituitasi in giudizio;

*per l'annullamento*

-Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

Annullamento dell'intera procedura di gara e, quindi, del bando di gara denominato *“Fornitura e noleggio di un sistema per il prelievo venoso sottovuoto e di un sistema di contenitori e provette per la raccolta conservazione e campionamento sottovuoto delle urine per APSS e ASDAA”* pubblicato sulla GURI, 5<sup>^</sup> Serie Speciale, n. 164 del 17 marzo 2023 e di tutti gli atti di gara.

-Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Greiner Bio - One Italia S.r.l. il 21/7/2023:

annullamento dell'intera procedura di gara e, quindi, del bando di gara denominato *“Fornitura e noleggio di un sistema per il prelievo venoso sottovuoto e di un sistema di contenitori e provette per la raccolta conservazione e campionamento sottovuoto delle urine per APSS e ASDAA”* pubblicato sulla GURI, 5<sup>^</sup> Serie Speciale, n. 164 del 17 marzo 2023.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento e della Becton Dickinson Italia S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2023 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea GU/S - S/52 dd. 14 marzo 2023 è stata indetta da parte dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento (dora in posi APSS) la gara di appalto denominata *“Procedura aperta suddivisa in due lotti per l'affidamento della fornitura e del noleggio di un sistema per il prelievo venoso sottovuoto e di un sistema di contenitori e provette per la raccolta la conservazione e il campionamento sottovuoto delle urine, destinati alla diagnostica di laboratorio e occorrenti alle strutture dell'azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento e per l'Azienda sanitaria dell'Alto Adige”*. La pubblicazione di tale bando è stata preceduta in data 15 aprile 2022 dalla pubblicazione dell'avviso di consultazione preliminare di mercato a' sensi dell'art. 8 della l.p. 9 marzo 2016 n.2, propedeutica all'indizione di una procedura aperta per l'affido della fornitura suddivisa in 2 lotti, rispettivamente costituiti da un sistema per il prelievo venoso sottovuoto e da un sistema di contenitori e provette per la raccolta, conservazione e il campionamento sottovuoto delle urine, destinati alla diagnostica di laboratorio.

L'attuale ricorrente, Greiner Bio - One Italia S.r.l. (qui di seguito Greiner), partecipante a tale gara, preliminarmente precisa di aver già inoltrato in esito a tale avviso di consultazione le proprie contestazioni in ordine alla previsione di alcuni criteri premiali, a suo dire del tutto illegittimi in quanto riferibili ad un solo operatore presente sul mercato e che di fatto avrebbero reso scontata l'aggiudicazione in favore di tale suo concorrente ancora prima dell'avvio della procedura. La ricorrente afferma quindi che nel bando anzidetto non sarebbero state accolte tali sue osservazioni nonostante qualche modifica di espressione letterale ma non di sostanza.

La ricorrente precisa inoltre che la gara assomma al valore complessivo di € 19.925.321,67.-, IVA esclusa, e che il primo lotto - da essa per l'appunto reso oggetto di contestazione con il ricorso in epigrafe - attiene alla fornitura di un sistema per il prelievo venoso sottovuoto con valore stimato di €

4.905.366,41.- per quattro anni, nel mentre il secondo lotto ha per oggetto la fornitura di un sistema di contenitori e provette per la raccolta, la conservazione e il campionamento sottovuoto delle urine con valore stimato di € 998.502,98.-. Il criterio di aggiudicazione si identifica nell'offerta economicamente più vantaggiosa in base alla valutazione degli elementi di qualità (per i quali è prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 70 punti) e prezzo (per il quale è prevista l'attribuzione di un punteggio di 30 punti). La durata della fornitura è fissata - come dianzi precisato - in 4 anni ma con possibilità di rinnovo di ulteriori 4 anni e con l'eventuale proroga tecnica annuale qualora alla scadenza del contratto la nuova procedura di affidamento non sia stata completata. È inoltre espressamente prevista, a' sensi dell'art. 27 della l.p. 9 marzo 2016, n. 2, un'opzione in aumento fino al 50% del valore contrattuale della fornitura.

1.2. Greiner, nel richiamare la propria contestazione di fondo già formulata in esito al predetto avviso di consultazione, afferma in esordio al proprio ricorso di voler comunque partecipare alla gara pur esplicitamente dichiarandosi consapevole dell'impossibilità di ambire alla aggiudicazione, riservandosi pertanto all'esito di impugnare con motivi aggiunti l'aggiudicazione che - a suo dire - verrà disposta a favore dell'operatore illegittimamente favorito dalla *lex specialis* del procedimento di scelta del contraente.

In tal senso, premette sempre la ricorrente, che la procedura di gara di cui è causa è stata impostata su mirati requisiti di partecipazione premiali per cui ad un solo operatore economico potranno di fatto essere attribuiti ben 28 punti dei 70 previsti per l'elemento qualitativo, con la conseguenza che un confronto competitivo tra i partecipanti risulterebbe troncato all'origine per i concorrenti diversi da quello che possiede i requisiti che si vanno a censurare. Tali requisiti premiali introdotti nella gara qui resa oggetto di impugnazione non si riscontrerebbero - sempre a detta di Greiner - nella maggior parte delle altre gare indette dalle principali centrali di committenza regionali, come dimostrerebbe la documentazione da essa allegata. Tali requisiti, inoltre,

privilegerebbero una tecnologia il cui valore aggiunto non sarebbe comprovato e supportato da alcun conforto scientifico, ed anzi contraddetto da taluni studi che avrebbero concluso nel senso della sostanziale equivalenza qualitativa tra i prodotti di chi quella tecnologia possiede e i prodotti di chi usa una tecnologia alternativa (cfr. doc. 11 di parte ricorrente). Tali requisiti, sempre econdo la prospettazione della ricorrente, le impedirebbero di fatto di presentare una domanda di partecipazione che possa ambire all'aggiudicazione, non potendo in alcun modo ottenere dalla Commissione i punteggi di cui alle caratteristiche A1, A2 e A3 contemplate dalla *lex specialis* di gara e partendo quindi già dall'inizio con un punteggio inferiore di 28 punti rispetto alla propria concorrente, il cui prodotto - viceversa - possiede tali caratteristiche: il che, pertanto, sostanzierebbe nella specie una sorta di vero e proprio affidamento diretto, con conseguente violazione dell'art. 30 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 laddove la disciplina in quest'ultimo contenuta dispone *che "nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità"* e che *"le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi"*.

Greiner reputa, altresì, violati l'art. 95, comma 6, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016 per il quale l'offerta tecnica deve essere valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto, nonché le Linee Guida ANAC n. 2 di attuazione dello stesso d.lgs. n. 50 del 2016 recanti *"Offerta economicamente più vantaggiosa"* e recepite anche dalla Giunta Provinciale di Trento con la propria deliberazione n. 230 del 18 febbraio 2022 recante a sua volta, *"Adozione delle linee Guida sui criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di forniture e servizi ai sensi dell'art. 4, comma 1, della Legge Provinciale 9 marzo 2016 n. 2"*. In particolare, risulterebbero violate ad avviso di Greiner le direttive di tale

deliberazione giuntale nella parte in cui prescrivono che i criteri motivazionali “devono essere almeno non discriminatori (ad es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore) conosciute da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese. Il capitolato e il progetto per quanto possibile devono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione”. Greiner rileva inoltre che nella *lex specialis* di gara qui contestata neppure sarebbero stati esplicitati i presupposti motivazionali sottesi alla scelta dei criteri premiali oggi censurati e che in ogni caso avrebbero dovuto rispettare i principi di parità di trattamento e di trasparenza dell’azione amministrativa.

1.3. Ciò posto, Greiner formula nell’atto introduttivo del presente giudizio i seguenti ordini di censure.

*I) Violazione di legge: Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 30, 32, 60, 68, 72, 76, 83, 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche. Violazione e falsa applicazione della l.p. 9 marzo 2016, n. 2 e della l.p. 23 marzo 2020 n. 2. Violazione e falsa applicazione delle linee guida ANAC n. 2 e di quelle adottate dalla Provincia di Trento con la deliberazione della giunta provinciale n. 230 del 18 febbraio 2022 recante “Adozione delle linee Guida sui criteri di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di 8 forniture e servizi ai sensi dell’art. 4, comma 1, della Legge Provinciale 9 marzo 2016 n. 2”. Violazione e falsa applicazione del principio di libera concorrenza e di massima partecipazione, di trasparenza, proporzionalità, par condicio e non discriminazione. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e difetto di proporzionalità, irragionevolezza, difetto di motivazione e istruttoria, travisamento di atti e fatti, sviamento, manifesta ingiustizia.*

A) A tale riguardo la ricorrente rileva innanzitutto che nell’allegato 17 del disciplinare di gara, rubricato “Valutazione qualitativa delle offerte tecniche” (cfr. *ibidem*, doc. 6), sono stati esplicitati i criteri, i sub criteri e i relativi punteggi relativi alla valutazione qualitativa delle offerte tecniche afferenti al lotto 1.

Greiner censura innanzitutto i criteri A1 (totale 10 punti), e A3 (8 punti) che sommati valgono ben 18 punti dei 70 complessivamente attribuibili.

Il criterio A1 concerne la valutazione delle provette con attivatore di coagulazione e gel separatore, contemplante l'attribuzione di complessivi 10 punti; ivi inoltre si dispone che se vi è utilizzo di gel acrilico per la separazione su tutte le provette sono attribuiti 6 punti e se sussiste su tutte le provette la deposizione obliqua del gel sul fondo della provetta sono attribuiti 4 punti.

Greiner afferma che tale criterio costituisce prerogativa e appannaggio di un unico soggetto imprenditoriale operante nel mercato, posto che la *“Deposizione obliqua del gel sul fondo della provetta”* è tecnologia coperta da brevetto industriale di titolarità della multinazionale Becton Dickinson, la cui società italiana è la controinteressata Becton Dickinson Italia S.p.a. (P.I.0803890151; qui di seguito Becton Dickinson). Greiner rileva in proposito che in sede di osservazioni al predetto avviso di consultazione tale specifica risultava ancora più chiara in quanto faceva inequivoco riferimento al nome commerciale della tecnologia utilizzata da tale operatore riportando il criterio premiale della presenza di gel acrilico (no gel olefinico) e della deposizione all'origine con tecnologia c.d. *“a becco di clarino”*. La ricorrente precisa che rispetto alla versione comparsa nell'avviso di consultazione del mercato del 15 aprile 2022 è invero formalmente scomparso il riferimento alla tecnologia *“a becco di clarino”* (o altrimenti nota come *“a becco di flauto”*), restando peraltro del tutto evidente che la scelta di APSS è rimasta quella di premiare le provette della Becton Dickinson e di avvalersi di quella specifica che la Becton Dickinson ha brevettato con i numeri 4, 991,104, 741 e 446.

Greiner reputa quindi che il criterio A1 illegittimamente premierebbe una tecnologia coperta da brevetto industriale, a sua volta collegata all'utilizzo specifico del gel acrilico. La specifica in questione risulterebbe dunque, secondo la ricorrente, illegittima non solo perché lesiva della concorrenza, ma anche perché del tutto ingiustificata dal punto di vista tecnico - scientifico, essendo quindi la legge di gara inficiata anche da un paradigmatico eccesso di

potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e fatti, erroneità dei presupposti nonché sviamento, posto che non sussisterebbe alcuna evidenza scientifica del fatto che le provette con gel acrilico sono migliori di quelle con altro tipo di gel come quello olefinico e che possono essere presentati diversi studi che attestano che il gel olefinico (unica alternativa al gel acrilico richiesto) è equivalente ed in molti casi migliorativo rispetto al gel acrilico anche per quel che concerne il rischio di contaminazione del campione.

Greiner altresì espone che, a sua volta, il criterio A3 attiene alla valutazione delle *“provette in litio eparina con presenza di separatore diverso da gel, o altra tecnologia diversa da gel, la cui performance in termini di equivalenza o non inferiorità sia dimostrata dall'operatore economico, che consenta il dosaggio di analiti sensibili (es.: farmaci, ormoni, etc...) sia per aree di applicazione per le quali la qualità del campione ed il tempo di rilascio dei risultati sono determinanti al fine di un'appropriata e tempestiva gestione del paziente. Allegare anche studi scientifici o altra documentazione a comprova”*. Per tale criterio è prevista l'attribuzione discrezionale di 8 punti.

La ricorrente reputa che anche in tal caso si tratterebbe di specifica che mira a premiare solo le provette con separatore meccanico, le uniche esistenti con un separatore diverso dal gel, e rimarca che essa aveva già fatto presente in sede di osservazioni all'avviso di consultazione del mercato del 15 aprile 2022 che tale specifica era monodestinataria, e rileva ora che nello stesso avviso non si menzionava genericamente un *“separatore diverso da gel”* ma un *“separatore meccanico (no gel)”*.

Tuttavia, posto che l'unica tecnologia diversa dal gel è - per l'appunto - il separatore meccanico (ovverosia quello inizialmente previsto da APSS) la specifica - per come formulata - seguirebbe a far riferimento al prodotto esclusivamente commercializzato da Becton Dickinson con il nome di *Barricor TM* e coperto da marchio di registrazione 5171931.

La scelta di avvantaggiare solo questo prodotto e solo questo operatore economico risulterebbe ad avviso di Greiner del tutto ingiustificata dal punto

di vista scientifico, dal momento che non sarebbe riconducibile ad alcuno standard scientifico, e a tale riguardo essa richiama - tra l'altro - le conclusioni dello studio condotto da NIH (*Biochemical, immunochemical and serology analytes validation of the lithium heparin BD Barricor blood collection tube on a highly automated Roche COBAS8000 instrument di Davide Ferrari, corresponding author, Marta Strollo, Matteo Vidali, Andrea Motta, Marina Pontillo and Massimo Locatelli*), nel corso del quale sono state testate provette con separatore gel prodotte da Becton Dickinson e separatore meccanico *Barricor BM* parimenti prodotte da quest'ultima. Tale studio, per l'appunto, dimostrerebbe che le provette SST (siero gel), PST (litio eparina gel) e BAR (litio eparina con separatore meccanico, quelle oggi premiate) possono essere utilizzate in modo intercambiabile per la maggior parte degli analiti testati, inclusi gli analiti sierologici: e ciò, dunque, consentirebbe l'utilizzo della medesima provetta per testare differenti analiti, aumentando in tal modo l'efficienza del laboratorio e il *comfort* per il paziente mediante la riduzione della quantità di sangue prelevata.

Greiner pertanto reputa che il comportamento di APSS - la quale è intervenuta modificando la prescrizione censurata premiando "*altre tecnologie diverse da gel*", quando l'unica alternativa è il gel meccanico di Becton Dickinson - risulterebbe sintomatico della scelta di voler privilegiare in modo assolutamente determinante i prodotti di tale operatore, con conseguente violazione della disciplina contenuta nell'art. 68 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rubricato "*Specifiche tecniche*", laddove dispone che tali specifiche, salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, nè far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto quello di favorire nella competizione o eliminare dalla stessa talune imprese o taluni prodotti.

Risulterebbe pure violato, ad avviso di Greiner, anche l'art. 30 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, laddove segnatamente si ribadisce che, nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano - altresì - i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e si afferma esplicitamente che le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori.

A supporto di tale assunto Greiner richiama anche il costante orientamento della giurisprudenza secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere, nell'ambito della propria discrezionalità amministrativa, requisiti premiali più rigorosi e restrittivi al fine di tutelare meglio l'interesse pubblico, purché essi non costituiscano un'indebita limitazione dell'accesso alla gara delle imprese presenti sul mercato in violazione dei principi di concorsualità e di ampia partecipazione, ai quali devono uniformarsi le procedure ad evidenza pubblica (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 11/5/2007 n. 2304; e Sez. IV, 15 settembre 2006 n. 5377), con la conseguenza che l'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando di gara devono essere valutate con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità, con la conseguenza che la richiesta di un determinato requisito deve essere correlata al concreto interesse dell'amministrazione a contrattare con imprese affidabili.

Per contro - afferma sempre Greiner - nella specie i surriferiti requisiti tecnici risulterebbero congegnati da APSS in modo eccessivo, irragionevole e sproporzionato, e soprattutto in modo tale da frustrare irrimediabilmente i principi di concorrenza e massima partecipazione,

Greiner sostiene inoltre che nella specie sarebbe stato di fatto eliminato anche il confronto concorrenziale tra i diversi operatori, con conseguente violazione dell'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2026, a' sensi del quale *"l'offerta tecnica deve essere valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto"*; ossia i criteri di valutazione del miglior

rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, e ciò sempre al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Greiner reputa pure violate le anzidette Linee Guida n. 2 di ANAC emanate in attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *“Offerta economicamente più vantaggiosa”*, segnatamente laddove l'Autorità - dopo aver premesso che *“[...] l'art. 95, comma 6, del Codice prevede che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, ciò al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento [...]”*, precisa che *“[...] le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta [...]”*; e reputa pure violate anche la l.p. n. 2 del 2016, la l.p.n. 2 del 2020 e la deliberazione della Giunta provinciale di Trento n. 230 del 18 febbraio 2022 recante *“Adozione delle linee Guida sui criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di forniture e servizi ai sensi dell'art. 4, comma 1, della Legge Provinciale 9 marzo 2016 n. 2”*. In particolare, Greiner afferma che sarebbero state nella specie palesemente violate le direttive contenute in tale deliberazione e della Giunta provinciale nella parte in cui prescrivono che i criteri motivazionali *“devono essere almeno non discriminatori (ad. Es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore) conosciute da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese. Il capitolato e il progetto per quanto possibile devono essere estremamente dettagliati e precisi, descrivendo i singoli elementi che compongono la prestazione”*.

Greiner evidenzia pure che nella specie neppure sarebbero stati esplicitati i presupposti motivazionali sottesi alla scelta dei criteri premiali qui censurati, i quali in ogni caso avrebbero dovuto rispettare gli inderogabili principi di parità di trattamento e di trasparenza dell'azione amministrativa, con

conseguente violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della l.p. 9 marzo 2016, n. 2 (Legge Provinciale di Recepimento delle Direttive Europee in materia di Contratti Pubblici), rubricato "*Consultazioni preliminari di mercato*", laddove dispone che "[...] *Prima dell'avvio di una procedura di appalto le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti. A tal fine le amministrazioni aggiudicatrici possono accettare o promuovere l'acquisizione di proposte o osservazioni da parte di esperti o di autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. Le proposte o osservazioni possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino la violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza [...]*".

Secondo Greiner in tal modo APSS avrebbe conseguito l'effetto di illegittimamente falsare la concorrenza, violando nel contempo i principi di non discriminazione e trasparenza, e che in tale direzione risulterebbero violati anche gli artt. 15, 16 e 17 della medesima l.p. n. 2 del 2016.

Greiner reputa inoltre illegittimo anche l'art. 15 del disciplinare di gara laddove limita l'equivalenza solamente al Criterio A3, così sancendo la scelta di APSS e la conseguente impossibilità di ricorrere all'istituto dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 per gli altri criteri, fermo restando che anche il Criterio A3 risulta ad appannaggio della sola Becton Dickinson.

A tale ultimo proposito, secondo la medesima ricorrente risulterebbe conseguentemente sussistere pure il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento di atti e fatti, erroneità dei presupposti e sviamento, nonché la violazione del principio della *par condicio*, posto che la *lex specialis*, impedendo il ricorso all'equivalenza anche per i criteri A1 e A2, di fatto prefigurerebbe il necessitato esito dell'aggiudicazione in favore dell'impresa controinteressata.

B) Il criterio A3 dispone l'assegnazione tabellare di 10 punti per la fornitura di "*Provette con sodio citrato dedicate ai test coagulativi: doppia parete in grado di garantire il*

*totale riempimento della provetta sino al tappo per tutte le tipologie di volumi di provette offerte, compresi i volumi inferiori a 2 ml*"; la *"presenza del requisito su provette per prelievo adulti e per prelievo pediatrico (volume inferiore o uguale a 2 mL)"* è ivi parimenti valutata nella misura di 10 punti, nel mentre la *"presenza del requisito su provette solo per prelievo per adulti"* è valutata con 5 punti tabellari.

Greiner reputa tale criterio premiale incerto e afferma che esso non si presterebbe ad essere utilizzato come criterio tabellare, posto che in campo scientifico non esisterebbe una definizione di riempimento totale, né potrebbe essere la specifica valutata in modo corretto con una metodologia *on/off*; né l'espressione *"riempimento totale"* troverebbe riscontro nelle norme e raccomandazioni ufficiali (UNI EN 14820, ISO 6710) a cui il fabbricante di provette sottovuoto si deve attenere e che prevedono tolleranze e spazi minimi per miscelare correttamente il sangue e gli additivi contenuti all'interno della provetta. Greiner rileva inoltre che, anche in questo caso, si farebbe riferimento ad una caratteristica propria che solo un operatore nel mercato offre e pubblicizza, con la conseguenza dell'imposizione di una premialità - per l'appunto *on/off* - di fatto finalizzata a garantire ulteriori 10 punti a Becton Dickinson: e ciò con specifico riguardo alla pubblicizzazione delle caratteristiche del prodotto di quest'ultima, puntualmente evidenziata nello stesso corpo del ricorso.

Secondo Greiner anche in questo caso sussisterebbe pertanto l'avvenuta introduzione di un criterio premiale esclusivamente mirato ad attribuire un punteggio elevato e del tutto discriminatorio proprio in quanto esplicitamente ed immotivatamente riferito alle specifiche di un singolo operatore.

*II) Violazione di legge: Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 30, 32, 60, 72, 76, 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche. Violazione di legge: Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 30, 32, 60, 72, 76, 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche. Violazione e falsa*

*applicazione della l.p. n. 2 del 2016 e della l.p. n. 3 del 2020. Violazione e falsa applicazione del principio di libera concorrenza e di massima partecipazione, di trasparenza, proporzionalità, par condicio e non discriminazione. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e difetto di proporzionalità, irragionevolezza, difetto di motivazione e istruttoria, travisamento di atti e fatti, sviamento, manifesta ingiustizia.*

Greiner afferma che, anche in disparte restando il precedente motivo di diritto pur di per sé dirimente ai fini del travolgimento dell'intera procedura di gara, l'illegittimità dei provvedimenti gravati sussisterebbe anche sotto un ulteriore ed autonomo profilo.

Nel caso di specie, infatti, l'ulteriore elemento che avrebbe ristretto (*rectius*, annullato) la concorrenza ad appannaggio di un solo operatore economico risulterebbe costituito dalla circostanza che APSS si sarebbe formalmente determinata ad avviare una procedura aperta a' sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50 del 2016 preceduta anche dall'avviso di consultazione del mercato, ma che nella sostanza avrebbe provveduto ad un illegittimo affidamento diretto di circa 20.000.000,00 di euro in favore dell'unico soggetto in grado di poter presentare la miglior offerta tecnica, così come per l'appunto richiesto negli atti di gara. Greiner reputa pertanto che nella specie sarebbero stati violati principalmente gli artt. 30 e 63 del d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche, nonché gli artt. 8, 15, 16 e 17 della l.p. n. 2 del 2016 e successive modifiche.

Greiner ribadisce in tal senso che il procedimento di scelta del contraente sarebbe stato nella specie impostato da APSS su requisiti premiali non indispensabili, scientificamente non provati, tarati su brevetti e marchi della contointeressata, non preceduti da alcuna istruttoria preventiva e difettanti di motivazione, non presenti in misura così significativa nelle più rilevanti gare pubbliche recentemente bandite dalle amministrazioni sanitarie e in ogni caso non previsti così dettagliatamente e specificatamente da alcuna normativa vigente: il che, di fatto, impedirebbe alle altre società *leader* nei rispettivi settori di competenza di presentare una domanda di partecipazione che possa ambire

all'aggiudicazione, partendo in buona sostanza con un punteggio di -28 punti. La ricorrente reputa quindi del tutto evidente l'illegittimità e la sproporzionalità dei requisiti premianti di cui ai criteri A1, A2, A3 nonché il valore attribuito a tali criteri per un totale di 28 punti, senza un'adeguata motivazione e che si risolvono in prescrizioni oltremodo stringenti e non contemplate dalla normativa vigente e dalle cc.dd. *best practices*.

Sotto questo profilo Greiner ribadisce pertanto l'avvenuta violazione del surriferito art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016 e reputa violato anche l'art. 63 del medesimo testo normativo, non ricorrendo a suo avviso nel caso di specie gli stringenti e tassativi presupposti per sostanzialmente procedere ad un affidamento diretto in favore della controinteressata.

Greiner a tale proposito rileva che l'art. 63, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 inequivocabilmente dispone che *“nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata: [...] b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale. Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto”* (nota: enfasi aggiunta dalla stessa ricorrente).

Detto altrimenti - rimarca sempre la ricorrente - il sopradescritto procedimento eccezionale di scelta del contraente potrebbe essere legittimamente esperito nelle sole ipotesi in cui i lavori, le forniture e i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico in

dipendenza della “unicità” della prestazione, per l’assenza di concorrenza per motivi tecnici, ovvero per la tutela di diritti esclusivi, anche di proprietà intellettuale, e - come dianzi precisato - *“solo quando non esistono altri operatori o soluzioni alternative ragionevoli e l’assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell’appalto”*.

Sul punto Greiner richiama non solo le Linee Guida di ANAC n. 8, ma anche consolidata giurisprudenza, e in particolare Corte di Giustizia UE 8 aprile 2008 C-337-05, Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2019, n. 3983 e Sez. III, 18 gennaio 2018, n. 310; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 6 novembre 2019 n. 12735; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26).

*III) Violazione di legge: Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost. Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche. Violazione e falsa applicazione dell’art. 7 del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, dell’art. 20 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, nonché del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche. Violazione e falsa applicazione del principio di libera concorrenza e di massima partecipazione, di trasparenza, proporzionalità, par condicio e non discriminazione. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e difetto di proporzionalità, irragionevolezza, difetto di motivazione e istruttoria, travisamento di atti e fatti, sviamento, manifesta ingiustizia.*

In esordio a tale ultimo mezzo di impugnazione contenuto nell’atto introduttivo del presente giudizio Greiner reitera il proprio assunto di fondo secondo cui la gara per cui è causa sarà immancabilmente aggiudicata a Becton Dickinson in forza dell’attribuzione ad essa di 28 punti *on/off* per prodotti coperti da brevetto o marchio e posseduti esclusivamente da tale concorrente.

Greiner afferma quindi che l’illegittimità dei Criteri A1, A2 e A3 vizierebbe insanabilmente l’intero procedimento di scelta del contraente a’ sensi e per gli effetti dell’art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016, essendo a suo dire palese il

conflitto di interessi che connoterebbe il procedimento medesimo, posto che APSS sarebbe venuta meno all'obbligo di “[...] evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici [...]”, come - per l'appunto - prescrive tale articolo del Codice dei contratti pubblici in correlazione con l'art. 80, comma 5, lett. d), del medesimo testo normativo. Greiner su tale punto rimarca che ciò che rileva è il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale potrebbe ingenerare, posto che la disciplina di legge testè menzionata dovrebbe intendersi come norma *lato sensu* “di pericolo”: e ciò in quanto le misure che essa contempla e comporta operano in dipendenza del mero rischio di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare.

Greiner reputa inoltre in tal senso violati l'art. 7 del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, l'art. 20 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e il d.lgs. 8 aprile 2001, n. 165, conclusivamente rilevando - sulla scorta di Cons. Stato, Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151 - che *“le coordinate ermeneutiche entro le quali si inquadra la tematica del conflitto di interesse ... si riassumono nei seguenti ed essenziali termini: a) il secondo comma dell'art. 42 definisce il conflitto di interessi ed il quarto comma lo estende alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, imponendo “alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto”; b) l'ampia portata della disposizione consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato; ed il rischio di un'alterazione della par condicio si verifica anche quando il concorrente si è potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni pervenutegli dal 28 progettista (anche se esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) “al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante” [...] c) quanto all'interesse rilevante per*

*l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può ingenerare. La salvaguardia della genuinità della gara va assicurata non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3415/2017); d) dunque (in linea con quanto da ultimo affermato, in ordine allo schema di linee guida ANAC in materia, da Cons. Stato, atti norm., n. 667/2019), ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio competitorum; e) per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è quindi da intendersi come norma lato sensu "di pericolo", in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare (così Cons. Stato, sez. III, n. 355/2019 e sez. V, n. 3048/2020); d) quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice (di cui pure nell'atto di appello viene denunciata tala violazione) prevede, come extrema ratio, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto. Nondimeno, se il conflitto di interessi è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, od addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento conclusivo della procedura, viziato in via derivata dal conflitto di interessi (Cons. Stato, sez. V, n. 7389/2019)" (nota: enfasi aggiunta dalla stessa ricorrente).*

1.4. In data 8 maggio 2023 si è costituita in giudizio la controinteressata Becton Dickinson "chiedendo il rigetto del ricorso proposto, perché irricevibile, improcedibile, inammissibile e comunque infondato per le ragioni" da illustrarsi nel corso del giudizio.

1.5. In data 17 maggio 2023 si è parimenti costituita in giudizio APSS, patrocinata dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato a' sensi dell'art. 41 del d.p.r. 1 febbraio 1973, n. 49 come sostituito dall'art. 1 del d.lgs. 14 aprile 2004, n. 116, rassegnando analoghe istanze.

1.6. In data 22 maggio 2023 APSS ha quindi depositato una memoria a' sensi dell'art. 73 c.p.a., eccependo in via pregiudiziale principale, in rito, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in dipendenza dell'avvenuta impugnazione di atti non lesivi.

Secondo APSS l'intero ricorso proposto da Greiner dovrebbe essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse in quanto la ricorrente articola le sue doglianze nei confronti di atti che non hanno alcuna portata lesiva nei suoi confronti, assumendo, *“in modo del tutto ingiustificato e con ragionamento aprioristico”*, che il bando di gara sia del tutto illegittimo perché finirebbe per rendere certa la vittoria di un solo operatore economico.

In tal senso APSS si richiama alla consolidata giurisprudenza secondo la quale *“nell'ambito delle gare pubbliche, l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti, ovvero clausole riguardanti requisiti di partecipazione, mentre va escluso nei riguardi di ogni altra clausola che risulti dotata solo di astratta e potenziale lesività, ovvero la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione può essere valutata unicamente all'esito della procedura, qualora negativo per l'interessato. Al di fuori delle ipotesi di clausole escludenti, opera, infatti, la regola secondo cui i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito devono essere impugnati unitamente agli atti che ne costituiscono concreta applicazione, dal momento che solo a questi ultimi deve ascriversi l'attualità e la concretezza della lesione alla situazione giuridica dell'interessato”* (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 2 novembre 2022, 5 n.1064; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 10 ottobre 2022, nn. 12874 e 12872 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, 4 maggio 2022, n. 176).

APSS richiama la circostanza che il ricorso riguarda il lotto 1 contemplato dal bando di gara venendo contestata la legittimità della *lex specialis* nella misura in cui questa individua dei criteri di valutazione A1, A2 e A3 che, in

considerazione del loro complessivo peso di 28 punti, in tesi della ricorrente determinerebbero “*l’aggiudicazione solo ed esclusivamente ad un operatore economico, l’unico nel mercato a possedere la gran parte dei criteri (tabellari e discrezionali)*”.

APSS evidenzia che la stessa ricorrente, in via del tutto contraddittoria, dichiara peraltro nell’esordio dell’atto introduttivo del presente giudizio la propria intenzione di formulare l’offerta.

APSS rimarca anche che, a differenza di quanto affermato da Greiner, gli atti di gara ammettono espressamente e pacificamente la presentazione di offerte equivalenti a’ sensi di quanto disposto dall’art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016: e ciò proprio in quanto gli atti stessi non recano - all’evidenza - clausole escludenti, ed essendo comunque l’operatore economico che in tal senso si pretende leso nella propria sfera giuridica tenuto a dimostrare, in via pregiudiziale, il suo interesse ad agire allorquando afferma di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un’offerta oggettivamente competitiva, e dimostra, nel merito, l’illegittimità della legge di gara quando prova che tale impossibilità è comune alla maggioranza delle imprese operanti nel settore (così Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284). APSS denota quindi che nel caso di specie Greiner deduce il possesso delle caratteristiche tecniche di minima richieste dalla *lex specialis* in capo alla sola Becton Dickinson, tuttavia evidenziando al contempo l’equivalenza tecnica - ed, anzi, un’asserita superiorità sotto vari aspetti - del proprio sistema offerto. APSS rileva - altresì - che il principio di equivalenza permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, e risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d’iniziativa economica privata e, dall’altro, al principio di libera concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2022, n. 1006).

Tale principio - afferma sempre APSS - è pertanto finalizzato ad evitare che un’irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l’ammissibilità di offerte aventi un oggetto

sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (così Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65 e Sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353); e, per ineludibile conseguenza, l'interpretazione della *lex specialis* di gara non potrebbe che avvenire secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, e quindi perseguendo la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive ed anticoncorrenziali, dovendo in caso di dubbi essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara (così Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090).

APSS rimarca quindi che nella *lex specialis* di gara per cui è causa è stata espressamente inserita la clausola di equivalenza, non essendo invero assodato che in ipotesi di silenzio del bando possa operare l'eterointegrazione per effetto dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 (in questo senso Cons. Stato, Sez. III, 24 febbraio 2016, n.746; *contra* Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212; e 27 novembre 2018, n. 6721), per cui nel caso di specie non sarebbe in discussione l'operatività del relativo principio e la possibilità per la ricorrente di partecipare alla gara, come infatti essa ha fatto espressamente invocando l'equivalenza tecnica del proprio sistema robotico offerto, salvo poi riservarsi di eventualmente impugnare il provvedimento di esclusione della propria offerta laddove l'amministrazione aggiudicatrice violi l'anzidetta garanzia contemplata dall'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016.

APSS, sempre in tal senso, precisa che a' sensi dell'art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, *“quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”*: e risulterebbe pertanto a suo avviso del tutto evidente che in forza di tale disciplina di legge la ricorrente potrebbe

comunque far valere nella fase di ammissione della propria offerta eventuali doglianze sulla conformità o meno della legge di gara (e della ipotetica correlata condotta dell'Amministrazione) al dato primario di riferimento, dando con ciò dimostrazione dell'equivalenza tecnica del proprio sistema rispetto a quello offerto dalla concorrente.

Del resto, sempre secondo APSS, nessuna plausibile ragione potrebbe in definitiva rinvenirsi nel caso di specie per affermare la necessità di un'eccezionale tutela anticipata avverso gli atti di gara al momento della relativa indizione, ben potendo la ricorrente che ha partecipato alla gara - circostanza, questa, che di per sé eliderebbe l'asserita connotazione escludente della *lex specialis* - far valere le proprie doglianze all'esito della eventuale esclusione o mancata aggiudicazione in proprio favore.

Né andrebbe sottaciuto, sempre in tesi di APSS, che il principio di equivalenza opera, oltre che al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici minimi per l'ammissione alla gara, anche nell'applicazione dei criteri per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3808).

In via subordinata APSS deduce comunque anche l'infondatezza del primo motivo di ricorso, rilevando in proposito che i tre criteri di valutazione contestati da Greiner si muovono lungo il solco normativo fissato dall'art. 17 della legge provinciale 2/2016 in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, laddove segnatamente dispone che *“la qualità è determinata sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali e sociali, connessi all'oggetto del contratto”*.

A tale riguardo APSS evidenzia che il capitolato tecnico di gara prevede espressamente in via generale alla sua pag. 10, che le *“offerte con caratteristiche tecniche difformi saranno oggetto di valutazione di equivalenza da parte della Commissione Tecnica purché sia esplicitata e dimostrata l'equivalenza da parte dell'Offerente (art. 68 commi 7 e 8 del Codice appalti)”*, e che la possibilità di presentare offerte equivalenti è stata espressamente richiamata anche per l'elemento A3, in relazione al quale per l'appunto si dispone: *“Provette in litio eparina con presenza di*

*separatore diverso da gel, o altra tecnologia diversa da gel, la cui performance in termini di equivalenza o non inferiorità sia dimostrata dall'operatore economico, che consenta il dosaggio di analiti sensibili (es.: farmaci, ormoni, etc.) sia per aree di applicazione per le quali la qualità del campione ed il 10 tempo di rilascio dei risultati sono determinanti al fine di un'appropriata e tempestiva gestione del paziente”.*

Né, sempre in tal senso, andrebbe sottaciuto ad avviso di APSS che nella propria nota di chiarimento n. 2 del 28 aprile 2023, a fronte di alcuni quesiti posti dagli operatori economici interessati alla procedura (cfr. ivi, ad es., i nn. 9, 10, 11, 12, 25), è stata ancora una volta puntualmente richiamata nella corrispondente risposta la testè riferita clausola di equivalenza contenuta nella *lex specialis* di gara e richiamante a sua volta il sovrastante precetto legislativo. Tali considerazioni inducono pertanto APSS a ritenere come del tutto infondate le censure di Greiner laddove si imputa all'amministrazione aggiudicatrice la volontà di individuare uno specifico prodotto a scapito di diverse soluzioni che altri operatori potrebbero proporre.

APSS, ad ogni buon fine, dopo aver ricordato che *“il bando di gara, in quanto atto generale, non sconta una pedissequa motivazione (art. 13 della l. n. 241 del 1990)”* e che *“le [relative] ragioni giustificatrici, pertanto, ben possono evincersi dal complesso quadro amministrativo e tecnico su cui le decisioni si fondano (disciplinare di gara, capitolato, condizioni di fornitura, natura delle prestazioni, determina di indizione della gara etc.)”* (così T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 novembre 2017. n. 11517), precisa *“al solo ed esclusivo fine di contrastare le deduzioni tecniche contenute nel ricorso”* di aver depositato agli atti di causa quale suo documento n. 6 la relazione tecnica a firma del dott. Adriano Anesi, Direttore della propria Unità Operativa Multizonale Laboratorio Patologia Clinica, nella quale sono spiegate le ragioni tecniche e scientifiche che hanno portato ad individuare negli atti di gara i 3 elementi di valutazione qui contestati da Greiner e che - per contro - ad avviso della medesima amministrazione aggiudicatrice qualificerebbero in termini migliorativi la fornitura da un punto di vista di efficacia, sicurezza e funzionalità.

Sempre in via subordinata APSS deduce pure l'inammissibilità e l'infondatezza del secondo e del terzo motivo di ricorso.

A tale riguardo APSS rileva che con il secondo motivo di ricorso Greiner ha dedotto censure che potrebbero reputarsi fondate soltanto laddove effettivamente fosse stata nella specie posta in essere una procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara: ma ciò - per l'appunto - non è avvenuto, e tale assodata circostanza renderebbe pertanto *ex se* il motivo inammissibile.

APSS afferma anche che per la stessa ed identica logica dovrebbe essere dichiarato inammissibile anche il terzo motivo di ricorso, con il quale è stato dedotto un asserito conflitto di interessi che si pretenderebbe risiedere *“solo ed esclusivamente nella aprioristica ricostruzione di parte ricorrente o, per dirla in altro modo, nel ... teorema difensivo, che - in modo del tutto sganciato dalla realtà dei fatti e dagli atti del procedimento - ha inteso costruire”*, essendo *“appena il caso di ricordare che ... è inammissibile il ricorso amministrativo ... [che]... contenga ... un mero riferimento ad una supposta situazione di fatto che peraltro, anche alla luce dei documenti depositati dall'amministrazione resistente, si palesa assolutamente difforme dall'accaduto”* (così, tra le altre, T.A.R. Umbria, 19 dicembre 2012, n. 536), posto che *“nel caso di specie non vi è alcuna procedura negoziata senza pubblicazione del bando e, come si è evidenziato sopra, i soggetti concorrenti saranno tutti ammessi - come previsto nella lex specialis di gara e, ancor prima, per legge - alla presentazione di offerte equivalenti”* e che *“quindi, la rappresentazione di circostanze difformi dal vero incide sull'ammissibilità del ricorso”*.

1.7. In data 5 giugno 2023 anche la controinteressata Becton Dickinson ha depositato una propria memoria, parimenti concludendo per l'inammissibilità del ricorso proposto da Greiner e, in subordine, per la sua reiezione nel merito.

Becton Dickinson ha pertanto preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, posto che allo stato gli atti gravati non assumerebbero portata lesiva per la ricorrente.

Ad avviso della controinteressata, Greiner muoverebbe le proprie censure avverso criteri premiali, stigmatizzando l'opzione discrezionale assunta sul punto dall'amministrazione aggiudicatrice ma non dando prova alcuna di effettivi impedimenti alla propria partecipazione al procedimento di scelta del contraente.

Secondo Becton Dickinson l'inammissibilità del ricorso risulterebbe addirittura certificata dallo stesso contegno di Greiner, laddove quest'ultima avrebbe dapprima preannunciato la propria partecipazione alla gara, non ostandovi la *lex specialis* e - per l'appunto - in esito alla propria domanda proposta in tal senso sarebbe stata conseguentemente ammessa alla valutazione tecnica da parte della commissione di gara.

Becton Dickinson richiama pertanto in proposito la giurisprudenza secondo cui l'immediata impugnazione del bando di gara si impone soltanto qualora esso contenga clausole direttamente ed immediatamente escludenti, che determinano, cioè, la radicale impossibilità di prendere parte alla procedura concorsuale, ovvero quando la legge di gara contenga disposizioni abnormi, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara e, quindi, la formulazione di un'offerta consapevole, posto che soltanto in queste ipotesi la posizione dell'operatore economico potrebbe ritenersi immediatamente lesa dall'adozione delle clausole del bando e l'interesse all'impugnativa risulterebbe pertanto concreto ed attuale.

Nel caso di specie la controinteressata reputa che non assumerebbero alcuna portata lesiva le disposizioni della *lex specialis* censurate da Greiner, atteso che una lesione potenzialmente idonea per quest'ultima potrebbe - al più - concretizzarsi soltanto nel momento di una successiva applicazione dei predetti criteri premiali.

Dopo aver incidentalmente rilevato che le censure proposte da Greiner risulterebbero in ogni caso infondate nel merito in quanto la *lex specialis* comunque reca a garanzia di tutti i concorrenti l'anzidetta clausola di

equivalenza tecnica, Becton Dickinson eccepisce l'inammissibilità del ricorso di Greiner per violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a. in quanto quest'ultima di fatto intenderebbe ottenere da questo giudice una pronuncia anticipata su poteri amministrativi non ancora esercitati e segnatamente riferiti ai predetti criteri premiali A1, A2 e A3.

La controinteressata afferma inoltre che, sempre a tale riguardo, il ricorso di Greiner risulterebbe ulteriormente inammissibile in quanto, di fatto, quest'ultima pretenderebbe di sostituirsi alla scelta, discrezionalmente operata dall'amministrazione aggiudicatrice, di premiare determinate caratteristiche della fornitura.

Da ultimo, riprendendo le proprie considerazioni sul merito delle censure di Greiner, Becton Dickinson ne deduce in subordine l'infondatezza, evidenziando *“innanzitutto la totale fallacità del presunto discrimen di 28 punti, in tesi sofferto dalla ricorrente. Nell'ordine: (i) quanto al criterio A1, il brevetto industriale BD richiamato si riferisce esclusivamente alla deposizione del gel sul fondo della provetta, oggetto di soli 4 punti (e non, come riferito, 10); d'altronde, la stessa Greiner presenta, a catalogo, provette con gel acrilico (come, presumibilmente, altri operatori economici.), di tal che alcuna esclusiva sussiste in capo”* alla medesima controinteressata, *“restando l'eventuale inottemperanza del criterio da parte di Greiner fattore dipendente da mere scelte aziendali e/o commerciali della controparte. (ii) quanto al criterio A3, a nulla rileva il richiamo operato da Greiner al marchio ... “Barricor™”, giacché - come ben noto - la tutela offerta dal marchio attiene alla sola denominazione del prodotto, senza estendersi in alcun modo alla tecnologia ed al fondamento sostanziale del bene da esso contraddistinto, che ben può essere fabbricato da diversi operatori economici (ivi inclusa la Greiner stessa); ancora una volta, l'eventuale carenza del requisito in capo alla ricorrente («provette in litio eparina con separatore diverso da gel...») sarebbe frutto di mere politiche commerciali dell'operatore economico. Peraltro, la tesi avversa è qui palesemente smentita dallo stesso tenore letterale del criterio, ove si legge: « Provette in litio eparina con presenza di separatore diverso da gel, o altra tecnologia diversa da gel, la cui performance in termini di equivalenza o non inferiorità sia dimostrata dall'operatore economico, che consenta il dosaggio di analiti*

*sensibili (es.: farmaci, ormoni, etc...) sia per aree di applicazione per le quali la qualità del campione ed il tempo di rilascio dei risultati sono determinanti al fine di un'appropriate e tempestiva gestione del paziente»; (iii) quanto al criterio A2, al netto delle apodittiche affermazioni di Greiner, davvero non si riesce a comprendere su quali basi tale caratteristica premiale risulterebbe appannaggio della sola" controinteressata. "Ed infatti, lo stesso motivo di ricorso appare piuttosto polarizzato su una valutazione, proposta indebitamente dalla Greiner, della bontà o meno del criterio. Comunque, in nessun modo la Greiner dimostra la propria tesi, che cioè solo" la medesima controinteressata "sarebbe in grado di soddisfare le caratteristiche premiali de quibus. Ed anzi, a tutto voler concedere, si discorrerebbe al più di un discrimen di 4 punti, certamente inidoneo ad assicurare l'aggiudicazione" alla stessa Becton Dickinson. "Caratteristiche premiali la cui previsione, peraltro, risulta perfettamente fisiologica e motivata alla luce delle esigenze ben esposte" da APSS; "tant'è vero che lo stesso art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 non vieta, come sostenuto dalla ricorrente, la previsione di specifiche tecniche legate ad un brevetto o ad altro titolo di privativa industriale (indicazione, comunque, che non sussiste nel caso di specie), ma anzi consente tali menzioni ove «giustificate dall'oggetto dell'appalto» e previa applicazione del principio di equivalenza. Condizioni queste che, pur non dovute, sussistono entrambe nel caso di specie, attesa in particolare la peculiarità dell'oggetto della fornitura e l'esigenza di evitare gravi criticità, verificatesi con l'utilizzo di prodotti diversi (afferenti alla stessa Greiner), che - in definitiva - inciderebbero sull'accuratezza degli esami diagnostici e sulla regolare operatività dei reparti, come evidenziato" da APSS. "D'altra parte, in molte occasioni le Stazioni Appaltanti hanno inteso premiare caratteristiche, rispondenti a specifiche esigenze, rinvenibili solo nei prodotti a catalogo della Greiner (cfr. bandi Friuli Venezia Giulia; Marche; Umbria - depositati in atti). 15 Ne segue, dunque l'infondatezza dei motivi sub I. e sub II. interposti da Greiner; a tale ultimo riguardo, al netto della piena legittimità dei criteri premiali contestati, il richiamo all'affidamento diretto/ procedura negoziata perde di ogni significato, trattandosi di procedura aperta che, peraltro, è stata anche ampiamente partecipata.*

Secondo la controinteressata risulterebbe parimenti meritevole di rigetto - ed, anzi, inammissibile per genericità in violazione dell'art. 40 c.p.a. - il terzo

motivo proposto da Greiner, laddove risulta esposta una serie di considerazioni in merito alla sussistenza di un conflitto d'interesse, senza peraltro spiegare né perché né come tale conflitto si estrinsechi. La controinteressata rileva a tale ultimo riguardo che la fattispecie del conflitto d'interessi si configura allorquando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi coinvolto nello svolgimento della procedura di gara ha un concorrente interesse finanziario, economico, o altro interesse personale che rischia di alterare il confronto concorrenziale, e rimarca quindi che nel caso di specie neppure vengono indicati i minimi presupposti alla base di tale presunto conflitto: e ciò, dunque, con evidente infondatezza del motivo.

1.8. Il ricorso in epigrafe è stato chiamato per la prima volta in pubblica udienza alla data del 22 giugno 2023.

In tale occasione Greiner ha chiesto il rinvio della trattazione della causa ad altra pubblica udienza, giustificando la propria istanza con la circostanza che a quel momento non disponeva di tutta la documentazione da essa chiesta in sede di accesso agli atti e che i termini per l'eventuale accoglimento erano stati differiti da APSS.

Il patrocinio di quest'ultima, nonché quello di Becton Dickinson si sono opposti a a tale richiesta di rinvio dell'udienza, ma l'istanza proposta in tal senso da Greiner è stata accolta e la trattazione della causa è stata pertanto rinviata alla pubblica udienza del 6 luglio 2022.

1.9. In data 30 giugno 2023 Greiner ha peraltro chiesto un ulteriore rinvio della trattazione della causa ad altra udienza pubblica, esponendo a supporto di tale sua ulteriore istanza che in data 29 giugno 2023, ossia successivamente alla precedente udienza tenutasi innanzi a questo Tribunale, APSS le aveva rilasciato la documentazione resa oggetto della sua istanza d'accesso e che tali atti dovevano essere impugnati mediante motivi aggiunti di ricorso.

Ad avviso di Greiner tale rinvio non avrebbe pregiudicato le ragioni delle controparti essendo la gara a quel momento ancora in corso, ma nel contempo avrebbe comunque garantito alla parte ricorrente il pieno esercizio

del proprio diritto costituzionale di difesa in giudizio, fino a tale momento “*parzialmente ostacolato dal differito accesso*” (sic) da parte di APSS, non sottacendo inoltre che la medesima deducente “*dovrà sicuramente presentare ulteriori motivi aggiunti per impugnare l’aggiudicazione che verrà disposta, si presume, in favore dell’odierna controinteressata (chiamata in giudizio solo per tuziorismo benchè non portatrice allo stato di un reale controinteresse)*” (sic).

1.10. Con argomentata memoria depositata il 3 luglio 2023 Becton Dickinson si è opposta a tale ulteriore istanza di rinvio, evidenziando in buona sostanza che anche l’eventuale impugnativa mediante motivi aggiunti dei nuovi atti ottenuti dalla medesima Greiner in sede di accesso sarebbe risultata inammissibile o infondata nel merito alla stessa guisa dell’impugnativa originariamente proposta.

1.11. Alla pubblica udienza del 6 luglio 2023 la trattazione della causa è stata rinviata al 28 settembre 2023 in modo da poter consentire alla ricorrente la proposizione dei motivi aggiunti da essa preannunciati.

1.12. In data 21 luglio 2023 Greiner ha pertanto depositato motivi aggiunti di ricorso notificati alle controparti in data 20 luglio 2023 e aventi segnatamente ad oggetto i medesimi atti da essa impugnati *ab origine* ma con ulteriore riguardo alla circostanza che il *medio tempore* acquisito verbale del 6 giugno 2023 dell’incontro tra il Gruppo di lavoro costituito presso APSS riguardante la gara in questione e i funzionari del Servizio Acquisti e del Servizio Procedure di Gara della medesima Azienda Sanitaria conforterebbe, secondo la prospettazione della stessa ricorrente, la perdurante fondatezza delle censure già da essa proposte: e ciò nonostante l’intervenuto accoglimento da parte di APSS di talune osservazioni formulate dalla medesima ricorrente in ordine ai predetti criteri premiali A1, A2 e A3, in effetti parzialmente modificati rispetto ai loro contenuti originari e nondimeno a loro volta impugnati dalla stessa Greiner mediante tali motivi aggiunti.

La nuova impugnativa riproduce comunque, in buona sostanza, i medesimi ordini di censure già proposti nell’atto introduttivo del presente giudizio,

incidentalmente stigmatizzando la circostanza che la gara risulterebbe di fatto sospesa.

1.13. In data 25 agosto 2023 APSS ha depositato un'ulteriore memoria redatta a' sensi dell'art. 73 c.p.a. con riguardo ai motivi aggiunti da ultimo proposti da Greiner, concludendo per la loro inammissibilità e, in subordine, per la loro infondatezza nel merito sostanzialmente riproponendo al riguardo le proprie deduzioni contenute nella precedente sua memoria del 17 maggio 2023 relativa all'atto introduttivo del presente giudizio.

In particolare, secondo APSS i motivi aggiunti di ricorso nulla aggiungerebbero nel merito rispetto all'asserita illegittimità delle clausole inserite negli atti di gara, che erano evidentemente note sin dalla pubblicazione del bando e che peraltro assumerebbero una propria eventuale valenza lesiva nel momento in cui la lesione potrà divenire attuale a seguito dell'aggiudicazione.

A ben vedere - secondo APSS - le modifiche apportate agli elaborati di gara a seguito delle osservazioni formulate dai potenziali concorrenti avevano come fine precipuo proprio quello di aprire il più possibile la competizione alla concorrenza, ferme restando naturalmente le legittime esigenze tecniche e scientifiche che hanno portato la medesima amministrazione aggiudicatrice ad individuare negli atti di gara i predetti tre elementi di valutazione contestati, i quali - sempre in tesi della stessa APSS - comunque qualificherebbero in termini migliorativi la fornitura da un punto di vista di efficacia, sicurezza e funzionalità e che potrebbero in ogni caso essere soddisfatti anche attraverso la produzione di soluzioni tecniche diverse, purché equivalenti.

APSS rimarca che, quanto all'elemento di valutazione A1, è stata prevista, rispetto alla consultazione di mercato - e, quindi, anche in esito all'accoglimento delle osservazioni presentate dagli offerenti tra cui la stessa Greiner - l'attribuzione di, 6 punti su 10 in caso di utilizzo di gel acrilico, che è una tecnologia di cui dispongono altri operatori economici, ed è stata altresì espunta, per i rimanenti 4 punti, la dizione "*tecnologia a becco di clarino*" che

individuava una soluzione coperta da brevetto sostituendola con la descrizione funzionale di *“deposizione obliqua del gel sul fondo delle provette”* e consentendo pertanto anche per tale elemento la possibilità di fornire soluzioni equivalenti e i cui profili di qualità sono stati già chiariti da parte dei tecnici di APSS (cfr. doc. 6 di parte resistente). Per quanto attiene al criterio A2, APSS conferma la legittimità e la ragionevolezza della richiesta contenuta nella *lex specialis* di gara, rimarcando la circostanza che Greiner, relativamente a tale elemento di valutazione comportante l’attribuzione di un massimo di 10 punti, avrebbe comunque la possibilità di ottenerne a sua volta 5 con la propria soluzione: e ciò proprio in conseguenza delle valutazioni *“pro concorrenziali”* condotte dalla medesima amministrazione aggiudicatrice a seguito della presentazione delle osservazioni in sede di consultazione preliminare rispetto a soluzioni ritenute almeno in parte apprezzabili.

Per quanto attiene invece all’elemento di valutazione A3, APSS rileva che è stato modificato, rispetto alla consultazione preliminare di mercato, non solo il metodo per l’attribuzione del punteggio che da tabellare - e da ottenersi soltanto in caso della presentazione di un’offerta con separatore meccanico (e, dunque, *“no-gel”*) - è divenuto discrezionale con una valutazione di qualità pertanto complessiva, ma anche - e soprattutto - con l’espressa previsione della fornitura di un *“separatore diverso da gel o altra tecnologia equivalente”*: e ciò, dunque, proprio al fine di aprire il più possibile alle diverse soluzioni presenti sul mercato.

Da ultimo, APSS deduce l’infondatezza dell’assunto di Greiner secondo cui la gara per cui è causa risulterebbe di fatto sospesa. A tale riguardo la medesima APSS produce la determina del Dirigente del Servizio gare europee n. 964 di data 24 luglio 2023 (cfr. doc. 13 di parte resistente), con la quale, dopo l’esame della documentazione amministrativa in seduta pubblica e la conseguente apertura delle buste tecniche, è stata nominata la commissione tecnica preposta alla valutazione delle offerte e all’assegnazione dei conseguenti punteggi ai concorrenti.

1.14. A sua volta n data 12 settembre 2023 Becton Dickinson ha prodotto una propria memoria riguardante i motivi aggiunti da ultimo proposti da Greiner, eccependone innanzitutto l'inammissibilità con la riproposizione - sia pure con riguardo anche alla *medio tempore* intervenuta modificazione parziale del contenuto delle anzidette previsioni premiali A1, A2 e A3 - delle medesime deduzioni già da essa illustrate con la precedente sua memoria del 6 giugno 2023 riguardante il ricorso *ab origine* proposto.

Becton Dickinson chiede peraltro in subordine anche la reiezione nel merito dei motivi aggiunti di ricorso, *“senza che ciò costituisca un'implicita inversione dell'onere della prova”*.

La controinteressata in tal senso rileva che, in sede di ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente afferma che i verbali acquisiti, relativi alla consultazione preliminare di mercato, confermerebbero la fondatezza dei motivi di ricorso originariamente proposti.

Becton Dickinson dissente da tale assunto evidenziando che nella susseguente sede di esame delle osservazioni presentate dai vari operatori economici APSS avrebbe di fatto avallato larga parte delle osservazioni di Greiner rimodulando i criteri premiali già resi oggetto di contestazione.

La controinteressata evidenzia a tale riguardo che Greiner ha presentato ben 6 osservazioni, 4 delle quali hanno condotto alla modifica dei presedenti criteri (cfr. doc. 20 di parte ricorrente).

In particolare:

a) sul criterio A1, APSS ha scisso e riformulato l'originario criterio unitario - che accorpava le caratteristiche presenza di gel acrilico e deposizione all'origine con tecnologia c.d. *“a becco di clarino”* - in due sub-criteri, assegnando soltanto 4 punti alla riformulata caratteristica della deposizione obliqua del gel sul fondo della provetta;

b) sul criterio A2, APSS non ha accolto le osservazioni di Greiner ma ha comunque riformulato il criterio, ampliandone la portata;

c) Sul criterio A3, APSS ha accolto le osservazioni di Greiner, inserendo un riferimento espresso al principio dell'equivalenza e consentendo alla commissione giudicatrice di graduare la propria valutazione, trasformando il criterio da tabellare in discrezionale.

Becton Dickinson precisa quindi di aver presentato a sua volta una singola osservazione, la quale in alcun modo atterrebbe alle censure dedotte da Greiner.

Ad avviso della controinteressata risulterebbe pertanto con ciò definitivamente smentita la tesi di Greiner in ordine ad una precostituita preferenza della *lex specialis* di gara a favore della medesima Becton Dickinson, nonché ad un non meglio specificato conflitto d'interessi con l'amministrazione aggiudicatrice.

Becton Dickinson contesta inoltre il contenuto di una relazione tecnica prodotta da ultimo in giudizio dalla ricorrente, redatta dal dott. Michele Grassi, *product manager* della medesima Greiner e che supporterebbe le censure proposte da quest'ultima (cfr. doc. 20 di parte ricorrente depositato in data 31 maggio 2023).

In tal senso la controinteressata rileva che, quanto al criterio A1, la contestazione circa l'utilizzo del gel acrilico si scontrerebbe con il fatto che nessuna privativa industriale impedirebbe la produzione di provette con gel acrilico per la separazione e che la stessa Greiner produce due tipi di gel, acrilico ed olefinico.

Inoltre - prosegue sempre la controinteressata - la stessa APSS, nella relazione dd. 11 agosto 2023 stilata dal dott. Adriano Anesi, Direttore del Dipartimento Laboratori dell'Unità Operativa Multizonale Laboratorio (cfr. doc. 12 di parte resistente depositato il 25 agosto 2023) avrebbe puntualmente chiarito che in ogni caso sarà la commissione giudicatrice, in sede di valutazione, ad apprezzare il contenuto delle offerte e la meritevolezza dei prodotti offerti in relazione alle caratteristiche richieste dalla *lex specialis*.

Becton Dickinson ribadisce inoltre che l'amministrazione giudicatrice avrebbe nella specie correttamente calibrato l'appalto sulle proprie esigenze, giocoforza desunte da pregresse esperienze, ma che - proprio in ottemperanza al principio del *favor participationis* - la stessa APSS avrebbe indetto una preliminare consultazione di mercato al fine di meglio definire l'oggetto della gara, recependo in tal modo le istanze da parte degli operatori economici interessati.

La controinteressata rileva altresì che Greiner, pur contestando la circostanza che APSS abbia tenuto conto della precedente fornitura e del gel in quella sede acquisito, non avrebbe dato prova alcuna di aver modificato la composizione del gel oggi offerto in gara; e, quanto allo studio "*Shi RZ, van Rossum HH, Bowen RA. "Serum testosterone quantitation by liquid chromatography-tandem mass spectrometry: Interference from blood collection tubes. Clin Biochem"*", citato nella relazione Grassi per comprovare la qualità delle provette con gel olefinico, esso ad avviso della medesima controinteressata risulterebbe del tutto inconferente poiché effettuerebbe il confronto esclusivamente sul precedente gel SST non acrilico commercializzato dalla stessa Becton Dickinson e non sul nuovo gel acrilico *SST II Advance* da ultimo commercializzato sempre da Becton Dickinson.

Analoghe conclusioni sono tratte dalla controinteressata anche per lo studio "*Stability of Direct Oral Anticoagulants and Antiarrhythmic Drugs in Serum Collected in Standard (Nongel) Serum Tubes Versus Tubes Containing Gel Separators*", parimenti addotto nella predetta relazione Grassi a fondamento delle tesi di Greiner: ad avviso di Becton Dickinson esso infatti risulterebbe inattuale, in quanto atterrebbe ai test TT3 e TT4, che non risulterebbero eseguiti da almeno 15 anni e si riferirebbero non a farmaci, bensì a ormoni.

Alla medesima conclusione la controinteressata perviene anche con riguardo ad un ulteriore studio citato nella relazione Grassi, ossia, *Bowen RA, Sattayapiwat A, Gounden V, Remaley AT. Blood collection tube-related alterations in analyte concentrations in quality control material and serum specimens. Clin Biochem.*

2014 Feb;47(3):150-7. doi: 10.1016/j.clinbiochem.2013.11.003. Epub 2013 Nov 14. PMID: 24240064; PMCID: PMC3944914, in quanto anch'esso considererebbe la precedente provetta SST con gel non acrilico concludendo che la differenza nel dosaggio degli analiti citati tra le provette confrontate sarebbe da attribuirsi al surfactante e non al gel.

Per quanto attiene al proprio brevetto Becton Dickinson afferma che il gel a deposizione obliqua risulterebbe presente anche su provette, non sottovuoto, di altri operatori economici, come ad esempio Löwenstein-Jensen (LJ): il che, dunque, di per sé escluderebbe la sussistenza della restrizione lamentata da Greiner e, allo stesso tempo – sempre a dire della medesima controinteressata - risulterebbero del tutto evidenti i vantaggi apportati dall'uso del gel acrilico.

Per quanto poi attiene al criterio A2, Becton Dickinson afferma che, contrariamente a quanto sostenuto da Greiner, la certificazione UNI EN 14820 non risulterebbe più in vigore e che nell'attuale e corrispondente certificazione ISO 6710:2017 si affermerebbe con ineludibile chiarezza - segnatamente al § 9.3 - che il produttore deve valutare i rischi associati allo spazio libero, con la conseguenza che, in mancanza di riempimento totale, l'impresa offerente deve documentare con letteratura scientifica pertinente che le provette ad aspirazione parziale garantiscono comunque un dosaggio ottimale dei parametri di coagulazione.

A tale riguardo Becton Dickinson afferma che la letteratura scientifica ulteriormente citata nella relazione Grassi (segnatamente *Adcock DM, Kressin DC, Marlar R.A. Minimum specimen volume requirements for routine coagulation testing: dependence on citrate concentration. Am J Clin Pathol. 1998 May;109(5):595-9. doi: 10.1093/ajcp/109.5.595. PMID: 9576579*) sarebbe travisante, sia in termini di percentuale minima di riempimento (talvolta, almeno del 90%), sia in termini di capacità delle provette, la quale “può influire sui risultati dell'esame”.

Secondo la controinteressata altra letteratura scientifica addotta nella relazione Grassi a fondamento delle tesi di Greiner (segnatamente *Jamie E. Siegel, MD and others, Monitoring Heparin Therapy: APTT Results From Partial- vs Full-Draw*

*Tubes, American Journal of Clinical Pathology, Volume 110, Issue 2, 1 August 1998, Pages 184–187, <https://doi.org/10.1093/ajcp/110.2.184>*) risalirebbe ad oltre 20 anni fa, ossia all'epoca in cui le provette prodotte dalla medesima Becton Dickinson non consentiva ancora il riempimento totale; e ciò mentre la documentazione scientifica citata da APSS reca un espresso riferimento proprio all'importanza del riempimento totale e dell'assenza del c.d. "*spazio di testa*", conformemente a quanto descritto dagli studi di Lawrence e Polack.

Per quanto attiene al criterio di valutazione A3, in tesi di Becton e Dickinson l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe del tutto legittimamente richiesto la fornitura di provette in litio eparina con separatore (diverso dal gel), e ciò in quanto la funzione primaria del separatore meccanico sarebbe quella di creare una barriera fisica tra il plasma e le cellule, ammettendo espressamente a tale riguardo l'equivalenza.

La controinteressata comunque afferma che tali provette garantirebbero una più duratura conservazione del campione per eventuali verifiche, evitandone in tal modo la degradazione e la variazione dei parametri che, ove avvengano, imporrebbero l'effettuazione di un nuovo prelievo con conseguente aggravio di costi di laboratorio.

Sempre in tal senso la medesima controinteressata afferma che, qualora la provetta fosse sprovvista di un separatore (diverso dal gel) meccanico (o dispositivo equivalente), si dovrebbe trasferire il plasma del campione in una provetta secondaria, comportando in tal modo ulteriori costi per la struttura sanitaria, nonché una possibile esposizione degli operatori di quest'ultima ad un'eventuale contaminazione ematica durante la manipolazione dei campioni, e comunque con l'ulteriore e quanto mai grave rischio di incorrere in uno scambio tra i campioni di pazienti diversi, specie quando gli stessi operatori devono intervenire in caso di urgenze.

La controinteressata reputa pertanto che la prescrizione del capitolato, come pure modificata, non risulti finalizzata a favorire l'acquisizione del proprio prodotto, ma risponda a precise valutazioni per il perseguimento del pubblico

interesse, anche - e soprattutto – con riguardo alla preminente esigenza della tutela della salute dei pazienti ed alla prevenzione dei rischi professionali derivanti da agenti biologici e da agenti patogeni nel sangue.

Becton Dickinson conclusivamente afferma che, a suo avviso, qualsiasi altra impresa del settore potrebbe fabbricare un separatore diverso dal gel, non sussistendo a tale riguardo alcuna privativa industriale; e anche per tale profilo, a suo avviso, non persuaderebbe il richiamo ad un'ulteriore letteratura scientifica contenuto nella relazione Grassi, trattandosi di lavori che non deporrebbero nel senso da auspicato da Greiner proprio in quanto riguarderebbero profili attinenti alle differenze analitiche nell'utilizzazione di una matrice siero piuttosto che una matrice plasma: ossia a profili del tutto diversi da quelli che nella presente causa sono oggetto di contestazione e che essenzialmente attengono alle tipologie di provette.

1.15. Con un'ulteriore memoria depositata il 16 settembre 2023 e formalmente intestata come replica alle deduzioni avversarie Becton Dickinson ha insistito per l'accoglimento delle proprie istanze.

1.16. A sua volta, con memoria depositata il 20 settembre 2023 Greiner ha ancora una volta chiesto il rinvio della trattazione della causa già fissata per l'anzidetta pubblica udienza del 28 settembre 2023, testualmente *“considerato che ad oggi sono ancora stranamente e singolarmente in corso da parte della Commissione l'esame delle offerte tecniche pervenute, sebbene la procedura di gara sia stata indetta più di sei mesi fa (e, quindi, sia stato violato il termine di legge con conseguente responsabilità dirigenziale) e le offerte da esaminare siano solo due; l'attività di valutazione non risulta particolarmente complessa e non si comprende come mai ad oggi non sia ancora stato aggiudicato l'appalto; tra l'altro, è singolare il comportamento dell'Amministrazione che, da un lato, in giudizio, per il tramite dell'avvocatura, si è opposta fortemente e sempre al rinvio della causa, chiedendo l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse proprio perché l'aggiudicazione non è ancora intervenuta e, dall'altro, ha di fatto illegittimamente sospeso la procedura di gara (così violando anche il termine di legge di sei mesi per il suo espletamento), così da costruire e avallare in sede processuale l'eccezione di inammissibilità*

*per la mancanza di aggiudicazione, fatto chiaramente a lei imputabile; il rinvio della causa non pregiudica le ragioni dei resistenti e dei controinteressati essendo la gara tuttora in corso e nello stesso tempo garantisce alla ricorrente di potere esercitare pienamente il proprio diritto di difesa fino ad oggi ostacolato dalla sospensione di fatto della gara; a ciò aggiungasi che la ricorrente dovrà sicuramente presentare ulteriori motivi aggiunti per impugnare l'aggiudicazione che verrà disposta, si presume, in favore dell'odierna controinteressata (chiamata in giudizio solo per tuziorismo benchè non portatrice allo stato di un reale controinteresse)".*

1.17. Con memoria depositata il 27 settembre Becton Dickinson si è recisamente opposta alla richiesta di tale ulteriore rinvio.

1.18. Alla pubblica udienza del 28 settembre 2023 *“il Presidente non dispone il rinvio dell'udienza chiesto dalla parte ricorrente, tra l'altro formulato senza una scadenza prefissata, non ravvisando al riguardo motivi di compressione del diritto di difesa della parte medesima. Le parti prendono quindi ordinatamente la parola con repliche accordate a ciascuna di esse, insistendo per l'accoglimento delle rispettive conclusioni. La causa passa in decisione”* (cfr. il relativo verbale di udienza).

2.1. Tutto ciò doverosamente premesso vanno accolte le concordi eccezioni preliminari di APSS e di Becton Dickinson e, pertanto, il ricorso presentato *ab origine* e i susseguenti motivi aggiunti di ricorso devono essere dichiarati inammissibili per difetto di interesse della parte ricorrente alla loro proposizione, con conseguente assorbimento delle eccezioni nel merito dedotte dalla medesima amministrazione aggiudicatrice e dalla stessa controinteressata.

2.2. Risulta infatti ormai definitivamente consolidato nella giurisprudenza l'assunto secondo cui, nell'ambito delle gare ad evidenza pubblica, l'onere di immediata impugnazione del bando recante le norme della *lex specialis* di gara è essenzialmente circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti, ovvero di clausole riguardanti requisiti di partecipazione, mentre va escluso nei riguardi di ogni altra clausola che risulti dotata solo di astratta e potenziale lesività, ovvero la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione può essere

valutata unicamente all'esito del procedimento di scelta del contraente qualora negativo per l'operatore economico interessato: e ciò in quanto al di fuori delle ipotesi di clausole escludenti, opera infatti la regola secondo cui i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito devono essere impugnati unitamente agli atti che ne costituiscono concreta applicazione, dal momento che solo a questi ultimi deve ascriversi l'attualità e la concretezza della lesione alla posizione giuridica di cui è titolare la parte interessata (cfr. al riguardo, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 8 aprile 2022, n. 2634; in senso del tutto conforme e, tra le ancor di più recenti, cfr. anche *ex multis* Id. Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6948; Sez. III, 22 maggio 2023, n. 3126, 14 ottobre 2022, n. 8772 e 19 luglio 2022, n. 6264; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 gennaio 2023, n. 62 10 ottobre 2022, nn. 12874 e 12872; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 22 maggio 2023, n. 3106 e Sez. IV, 4 maggio 2023, n. 2729; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 10 ottobre 2022, n. 2212 e Sez. IV, 4 ottobre 2022, n. 2178; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 2 novembre 2022, n. 2178; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 23 agosto 2022, n. 655; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 20 giugno 2022, n. 1995; T.A.R. Basilicata, 15 giugno 2022, n. 486; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 4 maggio 2022, n. 176; T.A.R. Molise, 22 aprile 2022, n. 120).

Peraltro, tra tutte le pur concordi pronunce intervenute sul punto merita a tutt'oggi particolare considerazione la meno recente ma non di meno perspicua sentenza di Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284 laddove essa reca una compiuta analisi delle possibili ipotesi di sussistenza nella *lex specialis* di condizioni di sostanziale preclusione alla partecipazione alla gara nei riguardi di un operatore economico.

In tale sentenza si precisa innanzitutto che, sebbene quanto sopra esposto enunci un principio che conferisce continuità ad un ormai risalente indirizzo interpretativo maggioritario affermato dalle fondamentali pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 25 febbraio 2014, n. 9, del 7 aprile 2011, n. 4 e del 29 gennaio 2003, n. 1, sussistono comunque nella

giurisprudenza orientamenti talvolta difformi a proposito della maggiore o minore portata da attribuire alla nozione di “*clausole del bando immediatamente escludenti*”, comprendendovi - tra le altre - quelle attinenti alla formulazione dell’offerta, sia sul piano tecnico che economico (cfr. al riguardo, ad es., Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 418 e 7 novembre 2012, n. 5671; Sez. V, 26 giugno 2017, n. 3110; Sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293; Cons. Giust. Sicilia, 8 agosto 2016, n. 258).

Invero, con la dianzi citata pronuncia di Cons. Stato, A.P., n. 4 del 2018 è stato ribadito non solo che deve restare escluso l’onere di immediata impugnazione delle prescrizioni della *lex specialis* di gara riguardanti il metodo della gara medesima, nonché il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell’anomalia dell’offerta ma anche che, con riguardo alla legislazione all’epoca vigente (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche), sono immediatamente impugnabili soltanto le clausole della *lex specialis* preclusive della partecipazione al procedimento di scelta del contraente o comunque o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell’offerta.

In tale contesto, quindi, essendo queste le uniche eccezioni - si badi, di stretta interpretazione - alla regola della non immediata impugnazione della *lex specialis* di gara, ne consegue che esse vanno per certo configurate quali “*clausole immediatamente escludenti quelle che riguardano i requisiti di partecipazione, impedendo in radice la partecipazione alla gara degli operatori economici che ne siano privi*” (così - per l’appunto - la testè citata sentenza di Cons. Stato, Sez. V, n. 284 del 2021).

Nella medesima sentenza di Cons. Stato, Sez. V, n. 284 del 2021 è stato invero prevalentemente affrontata anche l’ulteriore e quanto mai complessa problematica sulla riconducibilità - o meno - alla nozione di “*clausola immediatamente escludente*” delle fattispecie (qui non ricorrenti) che consistono nella pretesa impossibilità o difficoltà per l’operatore economico di formulare un’offerta consapevole ed effettivamente competitiva sotto il profilo economico.

Ma, comunque sia, nell'anzidetta sentenza a ragione si rimarca in linea generale che diversi sono i profili che possono comportare la sostanziale esclusione dalla gara di un operatore economico, avendo riguardo in tal senso alle clausole che impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile adempimento o del tutto spropositati, ai bandi gravemente carenti o errati nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta tecnica o economica, fino - per l'appunto - alla dibattuta e qui non sussistente questione della sostenibilità economica dell'offerta medesima, vale a dire all'utilità che possa astrattamente essere tratta, pur nella normale alea contrattuale, dall'aggiudicazione della gara e dall'esecuzione del conseguente contratto.

Nella presente sede di giudizio tuttavia importa evidenziare in linea di principio che, con riguardo a tutte le possibili ipotesi di sussistenza di clausole immediatamente escludenti, a ragione nella predetta sentenza sono tenute sistematicamente distinte, da un lato, la legittimazione ad agire dell'operatore economico pretesamente leso nella propria sfera giuridica e l'individuazione del correlato suo interesse concreto ed attuale all'azione in giudizio e, dall'altro, le deduzioni concernenti l'illegittimità della *lex specialis* di gara per contrarietà a previsioni di legge od ai principi della concorrenza e della libertà di partecipazione alle procedure selettive ed il relativo onere probatorio: le prime attengono infatti alla prospettazione della parte circa la portata immediatamente escludente delle clausole autoritativamente imposte e che va accertata in via pregiudiziale (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 2400), nel mentre le seconde implicano che, una volta accertata la preclusione dell'impresa ricorrente a partecipare alla gara, si esaminino le questioni di merito, ben potendosi concludere in tale ulteriore ma del tutto consequenziale sede di scrutinio della fattispecie per la legittimità degli atti di gara anche malgrado l'effetto escludente nei confronti dell'operatore economico ricorrente, dal momento che *“la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice si può spingere fino a ridurre la platea dei potenziali concorrenti, sempre che tale scelta non*

*sia irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484; Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440)” (cfr. ivi).*

Nella medesima sentenza si legge pure che *“in linea di principio, i presupposti della legittimazione ad agire vanno verificati nei confronti della singola impresa ricorrente, poiché è l'impossibilità di partecipare alla gara specificamente di quest'ultima che la legittima all'azione e radica il suo interesse concreto e attuale a lamentare gli effetti, appunto perciò, 'immediatamente escludenti' delle clausole del bando. In tale prospettiva, è evidente che, seppure si sia ammessa la legittimazione all'impugnazione immediata da parte dell'operatore economico che abbia poi partecipato alla gara (così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088), siffatta partecipazione costituisce un indice molto serio della portata non immediatamente escludente degli atti di gara. Soprattutto quando la presentazione della domanda di partecipazione non si presti alla prognosi, con carattere di ragionevole certezza, di esito infausto, ma anzi l'offerta dell'operatore economico ricorrente sia reputata ammissibile e valutata dalla stazione appaltante, unitamente a diverse altre, risulta per tabulas la mancanza di impedimenti alla sua formulazione”*: circostanza, quest'ultima, che puntualmente ricorre anche nel caso per cui è ora causa, e dalla quale devono pertanto trarsi le dovute conseguenze al fine del decidere.

2.3. Infatti, la stessa Greiner nell'atto introduttivo del presente giudizio afferma *apertis verbis* di voler comunque partecipare alla gara pur dichiarandosi consapevole dell'impossibilità di ambire all'aggiudicazione, riservandosi pertanto all'esito del procedimento di scelta del contraente di impugnare con motivi aggiunti l'aggiudicazione che *“verrà disposta”* (*sic*) a favore dell'operatore illegittimamente favorito dalla *lex specialis*: assunto, questo, di per sé chiaramente confessorio della circostanza che la stessa *lex specialis* della gara in realtà non recava, né ad oggi reca alcun impedimento per l'attuale ricorrente di presentare la domanda di partecipazione al procedimento ad evidenza pubblica qui impugnato.

Del resto, sempre con riguardo alle originarie disposizioni contenute nel bando di gara e segnatamente attinenti ai sopradescritti criteri premiali A1, A2 e A3 contestati nei loro contenuti dalla ricorrente, risulta ben evidente che i 28 punti di vantaggio asseritamente prefigurati in favore della controinteressata Becton Dickinson risultano comunque non prevalenti rispetto alla previsione dei residui 42 punti sui 70 complessivamente contemplati per la valutazione qualitativa delle offerte e in ordine ai quali non si è pertanto fatta questione in ordine alla sussistenza di ulteriori condizioni di privilegio per la medesima Becton Dickinson ovvero per altri operatori economici partecipanti alla gara.

Ne consegue - quindi - che l'attribuzione della parte maggiore del punteggio per la qualità dei prodotti offerti dai vari competitori risulta tra costoro liberamente contendibile, ossia senza che sussista una sostanziale individuazione *a priori* del vincitore della gara, altrimenti suscettibile - in quanto tale - di rendere materialmente inutile la partecipazione al relativo procedimento da parte di tutti gli altri concorrenti.

Ma, anche al di là di tutto questo, importa soprattutto evidenziare - in via del tutto dirimente - che, a differenza di quanto affermato dalla parte ricorrente, la garanzia della libera partecipazione di Greiner alla gara era sin dalle originarie previsioni della *lex specialis* efficacemente presidiata da un'espressa ed inequivoca clausola generale di applicazione del principio di equivalenza, a cui infatti obbligatoriamente si conforma l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e che comporta, coerentemente all'ulteriore principio direttivo del c.d. *favor participationis*, la possibilità di precettivamente ammettere a' sensi dell'art. 68, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a seguito di valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste dalla legge di gara (cfr. al riguardo, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 2 luglio 2021, n. 5169 con ampi riferimenti all'ulteriore giurisprudenza intervenuta sul punto, nonché da ultimo e tra le più recenti, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 maggio 2023, n. 8280); e - per di più - lo

stesso eventuale problema ermeneutico costituito dall'eterointegrazione della *lex specialis* della gara mediante l'anzidetta disciplina contenuta nell'art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 risulta nella specie del tutto ovviato in evidente favore di Greiner dalla circostanza che - per l'appunto - la medesima *lex specialis* qui in esame esplicitamente recepisce nel proprio ambito il predetto principio di equivalenza (cfr. al doc. 4 della stessa Greiner la testuale avvertenza conclusiva inserita nel Capitolato Speciale - Parte Tecnica, in forza della quale le “*offerte con caratteristiche tecniche difformi saranno oggetto di valutazione di equivalenza da parte della Commissione Tecnica purché sia esplicitata e dimostrata l'equivalenza da parte dell'offerente. (art. 68 commi 7 e 8 del Codice appalti)*”)

Non può pertanto che concludersi, in considerazione di tutto quanto sopra esposto, nel senso che l'impugnativa della *lex specialis* proposta *in parte qua* da Greiner mediante l'atto introduttivo del presente giudizio deve essere dichiarata inammissibile per difetto di interesse da parte della ricorrente in quanto riferita a clausole della *lex specialis* medesima che non impedivano alla stessa Greiner di partecipare alla gara e di presentare proprie offerte competitive sulla base del predetto principio di equivalenza, e quindi in alcun modo pregiudicate da insuperabili condizioni di vantaggio accordate dalla legge di gara in favore della controinteressata.

2.4. *A fortiori*, alla medesima conclusione di inammissibilità per difetto di interesse si perviene anche con riguardo ai motivi aggiunti di ricorso susseguentemente proposti dalla stessa Greiner.

Come a ragione hanno rilevato APSS e Becton Dickinson, tale ulteriore impugnativa proposta *in parte qua* nei confronti della *medio tempore* modificata *lex specialis* della gara ha per oggetto una complessiva riformulazione dei predetti criteri premiali A1, A2 e A3 in senso comunque più favorevole alla stessa Greiner, atteso che:

a) per quanto all'elemento di valutazione A1, è stata prevista, rispetto alla consultazione di mercato - e, quindi, anche in esito all'accoglimento delle osservazioni presentate dagli offerenti tra cui la stessa Greiner - l'attribuzione

di 6 punti su 10 in caso di utilizzo di gel acrilico, che è una tecnologia di cui dispongono altri operatori economici, ed è stata altresì espunta, per i rimanenti 4 punti, la dizione “*tecnologia a becco di clarino*” che individuava una soluzione coperta da brevetto sostituendola con la descrizione funzionale di “*deposizione obliqua del gel sul fondo delle provette*” e consentendo pertanto in via inequivocabilmente esplicita anche per tale elemento la possibilità di fornire soluzioni equivalenti;

b) per quanto attiene al criterio A2, pur confermandosi l’originaria previsione contenuta nella *lex specialis* di gara, va considerata la circostanza che Greiner, relativamente a elemento di valutazione comportante l’attribuzione di un massimo di 10 punti, avrebbe comunque la possibilità di ottenerne 5 con la propria soluzione: e ciò proprio in conseguenza delle valutazioni “*pro concorrenziali*” condotte da APSS a seguito della presentazione delle osservazioni in sede di consultazione preliminare rispetto a soluzioni ritenute almeno in parte apprezzabili.

c) per quanto da ultimo attiene invece all’elemento di valutazione A3, è stato modificato non solo il metodo per l’attribuzione del punteggio che da tabellare - e in origine da ottenersi soltanto in caso della presentazione di un’offerta con separatore meccanico (e, dunque, “*no-gel*”) - è divenuto discrezionale con una valutazione di qualità pertanto complessiva, ma anche - e soprattutto - con l’espressa previsione della fornitura di un “*separatore diverso da gel o altra tecnologia equivalente*”: e ciò, dunque, proprio al fine di aprire il più possibile, mediante un ulteriore e specifico richiamo al predetto principio di equivalenza, alle diverse soluzioni presenti sul mercato.

In dipendenza di tali ben significative circostanze, sussistono pertanto motivi ancor più evidenti che inducono questo giudice a dichiarare l’inammissibilità per difetto di interesse anche nei riguardi dell’impugnativa susseguentemente proposta in corso di causa da Greiner mediante motivi aggiunti di ricorso.

2.5. Il Collegio reputa che il sopradescritto esito delle due impugnative proposte da Greiner debba conseguire anche avendo riguardo alla fondatezza

dell'assunto di Becton Dickinson secondo cui Greiner, nel proporre entrambe le impugnative, avrebbe di fatto ignorato anche il principio generale contenuto nell'art. 34, comma 2, c.p.a., in forza del quale *“in nessun caso il giudice”* amministrativo *“può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*.

Va innanzitutto opportunamente evidenziato che tale disposizione assume un indubbio rilievo sotto una pluralità di profili, che a ben vedere fuoriescono dallo stesso stretto ambito della disciplina del processo amministrativo.

L'introduzione nell'ordinamento di una inequivoca disposizione normativa in forza della quale le pronunce del giudice amministrativo non possono sindacare azioni che le pubbliche amministrazioni non hanno ancora esercitato all'evidenza implica, *a contrariis*, che lo scrutinio di questo giudice deve rigorosamente limitarsi agli atti che le amministrazioni hanno già emanato e che pertanto hanno già materialmente dispiegato o seguitano a dispiegare i loro effetti su ben determinate situazioni giuridiche soggettive.

In questo modo, coerentemente al fondamentale principio della separazione dei poteri e al corollario dell'indipendenza della funzione giurisdizionale rispetto al potere esecutivo - garantita anche per la magistratura amministrativa a' sensi degli artt. 101, secondo comma, e 108, ultimo comma, Cost. - il sindacato del giudice amministrativo esercitato nel processo abbandona la sua connotazione originaria di *“giustizia nell'amministrazione”* divenendo vero e proprio esercizio di una *“giustizia sull'amministrazione”*, attuando pertanto in via definitiva quella fondamentale distinzione che la stessa Costituzione contempla - rispettivamente ai suoi articoli 100, primo comma, e 103, primo comma - tra le funzioni del Consiglio di Stato quale *“organo ausiliario”* e perciò di *“consulenza giuridico - amministrativa”* nella predetta ed originaria accezione della *“giustizia nell'amministrazione”* (cfr. al riguardo l'art. 36 e ss. del r.d. 21 aprile 1942, n. 444 e l'art. 17, commi 25 e ss. della l. 15 maggio 1997, n. 127 che ben possono pertanto implicare pronunce su azioni amministrative non ancora esercitate) e organo esercente, unitamente *“agli*

altri organi di giustizia amministrativa” di cui all’art. 125 Cost., “*la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*”.

Venendo in concreto al caso che qui occupa, risulta altrettanto evidente che, sia nella loro connotazione originaria, sia in quella che è conseguita dall’accoglimento delle osservazioni presentate dagli operatori economici partecipanti alla gara, i predetti criteri premiali A1, A2 e A3 non hanno a tutt’oggi ricevuto materiale applicazione, posto che ciò avverrà soltanto al momento in cui l’amministrazione aggiudicatrice valuterà le offerte tecniche presentate dagli operatori economici partecipanti alla gara e assegnerà alle stesse i relativi punteggi.

Ed è altrettanto evidente che, avuto riguardo al presente stato del procedimento di gara, questo giudice, ove si pronunciasse sulla legittimità - o meno - di tali criteri, per certo violerebbe il fondamentale divieto di pronunciarsi su di un’azione amministrativa invero attualmente soltanto prefigurata nel testo della *lex specialis* ma non ancora fattualmente esercitata mediante l’attribuzione dei punteggi ai concorrenti.

Ove una tale statuizione giudiziale fosse emanata, si determinerebbe quindi un illegittimo straripamento della funzione giurisdizionale nei riguardi delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, coercitivamente condizionandole - per così dire - “*a monte*” rispetto alla loro concreta estrinsecazione, e dando con ciò corpo ad una del tutto impropria figura di “*giudice - amministratore*” assolutamente non contemplata dal nostro ordinamento.

Deve pertanto necessariamente concludersi, anche sotto questo ulteriore e particolare profilo, nel senso che sussiste un vero e proprio obbligo di legge che inderogabilmente impone a questo giudice di dichiarare nella specie inammissibili il ricorso originario e il ricorso per motivi aggiunti proposti da Greiner, stante l’inesistenza ad oggi in capo di quest’ultima di un interesse giudizialmente azionabile al riguardo; e, sempre a ben vedere, proprio l’attuale

esistenza nell'ordinamento processuale amministrativo di una norma che reca un inderogabile divieto per il giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati consente sotto il profilo dogmatico di ricondurre ora alla necessità di non violare tale divieto anche tutta la surrichiamata giurisprudenza (come si è visto, già consolidatasi in data antecedente alla stessa entrata in vigore dell'attuale codice del processo, avvenuta per effetto del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) che ha sancito e seguita a sancire l'inammissibilità per difetto di interesse delle impugnative autonomamente proposte avverso bandi di gara recanti clausole non ostative alla partecipazione al procedimento di scelta del contraente.

Del resto, a' sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a. il ricorso va dichiarato inammissibile non solo *“quando è carente l'interesse”* del ricorrente, ma anche quando *“sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito”*, e nel caso di specie - come si è ora visto - concorre al fine di tale esito sia l'insussistenza dell'interesse giudizialmente azionabile da parte del ricorrente, sia quale *“altra”* (ma coincidente) *“ragione”* la norma inderogabilmente ostativa di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a.

3. Quanto alle spese di giudizio, esse non possono che seguire la regola della soccombenza di lite, e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, nonché sui motivi aggiunti di ricorso parimenti indicati in epigrafe, li dichiara inammissibili.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, complessivamente liquidate sia in favore dell'amministrazione intimata, sia in favore della parte controinteressata, nella misura di complessivi € 1.500,00.- (millecinquecento/00) per ciascuna, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2023

con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente, Estensore

Carlo Polidori, Consigliere

Cecilia Ambrosi, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Fulvio Rocco**

**IL SEGRETARIO**