



Consiglio di Stato
1 aprile 2022, sez. III, n. 2413
SENTENZA

Non viola il principio di unicità dell'offerta l'inserimento, nella sola documentazione illustrativa comprovante quanto dichiarato nella scheda tecnica, di un elenco comprendente, oltre ai prodotti effettivamente offerti, anche prodotti analoghi, tanto più a fronte di una offerta economica anch'essa relativa solo ai prodotti offerti nella scheda tecnica.

MASSIME

1. Il vero **attentato al principio di unicità dell'offerta** si verifica **nelle ipotesi di più offerte**, o di più proposte nell'ambito della medesima offerta, formulate in via alternativa o subordinata, in modo tale che la scelta ricadente su una di esse escluda necessariamente la praticabilità delle altre, poiché **solo in queste ipotesi il concorrente è effettivamente avvantaggiato** rispetto agli altri dall'offerta plurima, potendo contare su un più ampio ventaglio di soluzioni in grado di soddisfare le esigenze della stazione appaltante.

Nel caso di specie, il capitolato prevedeva che l'offerta tecnica si componesse di: a) *Scheda Offerta tecnica generata dal sistema, a pena di esclusione dalla gara*; b) *Relazione tecnica, pena la mancata attribuzione del punteggio relativo ai criteri migliorativi discrezionali*; c) *Documentazione a comprova delle caratteristiche tecniche minime, a pena di esclusione dalla gara*; d) *Documentazione a comprova dei criteri tecnici migliorativi tabellari e quantitativi, ove offerti, pena la mancata attribuzione del relativo punteggio*; e) *Documento (conforme all'Allegato 13 – "Riferimenti documentali") contenente i riferimenti documentali alle caratteristiche tecniche minime e, ove offerte, migliorative*. La concorrente, utilizzando la relativa scheda tecnica predisposta dalla SA, aveva indicato solo i valori dei due prodotti costituenti l'unico oggetto dell'offerta medesima, mentre non vi erano nell'ambito della scheda altri e diversi valori indicati in alternativa; l'impresa aveva poi inserito, tra la documentazione depositata a corredo dell'offerta, un elenco comprendente, oltre ai prodotti offerti, anche quelli appartenenti ad una diversa linea



2. Il **principio di unicità dell'offerta** di cui all'art. 32 c. 4, D.lgs. n. 50/2016, che impone agli operatori economici di presentare una sola proposta tecnica e una sola proposta economica, al fine di conferire all'offerta un contenuto certo ed univoco, è posto a presidio – da un lato – del buon andamento, dell'economicità e della certezza dell'azione amministrativa, per **evitare che la stazione appaltante sia costretta a valutare plurime offerte provenienti dal medesimo operatore economico**, tra loro incompatibili, e che perciò venga ostacolata nell'attività di individuazione della migliore offerta, e – dall'altro – a **tutela della par condicio dei concorrenti**, poiché la pluralità delle proposte attribuirebbe all'operatore economico maggiori possibilità di ottenere l'aggiudicazione o comunque di ridurre il rischio di vedersi collocato in posizione deteriore, a scapito dei concorrenti fedeli che hanno presentato una sola e univoca proposta corrispondente alla prestazione oggetto dell'appalto, alla quale affidare la loro unica ed esclusiva *chance* di aggiudicazione. La presentazione di un'unica offerta capace di conseguire l'aggiudicazione, infatti, è il frutto di un'attività di elaborazione nella quale ogni impresa affronta il rischio di una scelta, che la stazione appaltante rimette alle imprese del settore, ma che comporta una obiettiva limitazione delle possibilità di vittoria.

3. La **possibilità di presentare una pluralità di offerte o offerte alternative**, comportando l'opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni, non potrebbe mai essere accordata o riservata ad una sola impresa concorrente, ma dovrebbe comunque essere **garantita a tutte le partecipanti** in nome della *par condicio* e, pertanto, prevista e regolata nella *lex specialis*.

TESTO DELLA SENTENZA

*Pubblicato il 01/04/2022
N. 02413/2022REG.PROV.COLL.
N. 06457/2020 REG.RIC.*

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6457 del 2020, proposto da Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Della Fontana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;



nei confronti

B. Braun Avitum Italy S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Lazzaretti in Roma, largo di Torre Argentina 11;

Nipro Medical Europe N.V., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Piemonte 39;

Fresenius Medical Care Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Francesco Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Medtronic Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Piero Fianza con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maurizio Cucciolla in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, 18 – appellante incidentale;

Spindial S.p.A., Rti Gada Italia S.p.A., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 8399/2020;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A., B. Braun Avitum Italy S.p.A., Nipro Medical Europe N.V. e di Fresenius Medical Care Italia S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto da Medtronic Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Baxter s.p.a., appellante principale, chiede la riforma della sentenza n. 8399/2020 con cui il T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, Sezione II^a, ha respinto il ricorso proposto avverso gli esiti della gara indetta, in un unico lotto per una base d'asta complessiva di € 262.947.000,00, per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54 comma 4 lett. a) del D. Lgs. 50/2016, ed in vista del successivo affidamento, senza un nuovo confronto competitivo, di appalti specifici per la fornitura in service di apparecchiature per dialisi e kit di materiali di consumo necessari all'esecuzione di trattamenti di emodialisi standard a basso ed alto flusso (HD) e trattamenti di emodiafiltrazione on line (HDF on line) e servizi connessi.

L'accordo quadro in questione ha una durata di dodici mesi decorrenti dalla data di attivazione, prorogabili di ulteriori dodici mesi, mentre i successivi contratti di appalto specifici hanno una durata di cinque anni.

1.1. L'aggiudicazione definitiva veniva disposta a favore di B.Braun Avitum Italy S.p.A., Spindial S.p.A., RTI Nipro Medical Europe N.V. – Gada Italia S.p.A., Fresenius Medical Care Italia S.p.A., Medtronic S.p.A. Baxter veniva, invece, esclusa dalla aggiudicazione, secondo il criterio all'uopo contemplato dall'art. 22 del capitolato d'onere che, nel caso di più di quattro offerte valide, individuava come aggiudicatari tutti gli operatori che avessero presentato un'offerta valida ad esclusione dell'ultimo graduato.

2. Avverso la sentenza di primo grado l'appellante principale deduceva:

a) in via principale, l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui non ha rilevato l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per la irragionevolezza ed intrinseca contraddittorietà della formula utilizzata per la valutazione dell'offerta economica che, con effetto determinante sull'esito della gara, da un lato, aveva reso impossibile l'attribuzione del coefficiente pari a uno per l'offerta economica (e dunque l'attribuzione dei 30 punti a disposizione, punteggio massimo ai sensi della disciplina di settore) e, dall'altro, aveva escluso un collegamento proporzionale – in relazione ai punti complessivamente assegnabili – tra l'entità del ribasso ed il punteggio attribuito;



b) la commissione, in violazione dell'art.15 bis del capitolato d'oneri, avrebbe effettuato, in sede di verifica tecnica delle apparecchiature per dialisi offerte dai concorrenti, una verifica solo parziale delle caratteristiche tecniche migliorative delle apparecchiature medesime, con la conseguenza che la commissione giudicatrice avrebbe omesso di verificare i valori auto-dichiarati dai concorrenti rispetto ai criteri tabellari e quantitativi;

c) erroneamente il TAR non avrebbe rilevato che tre concorrenti – e precisamente B. Braun Avitum Italy, Fresenius Medical Care Italia e Medtronic Italia – avevano presentato offerte plurime e alternative, come tali inammissibili;

d) sarebbe illegittima la sentenza appellata nella parte in cui non avrebbe rilevato l'arbitraria ed illegittima attribuzione da parte della Commissione giudicatrice dei punteggi alle offerte tecniche di Nipro, Medtronic e Fresenius, che sarebbero oltretutto conseguenza, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, di una errata percezione e considerazione del contenuto negoziale delle offerte in questione:

- illegittima sarebbe l'assegnazione al RTI Nipro del punteggio (rispettivamente di punti 2,667 e 2,567) per i criteri di valutazione n.7 e n.8 che il concorrente ha dichiarato soddisfatti mediante le funzioni BVM e BVC, che implicherebbero la presenza nell'apparecchiatura del sensore denominato Modulo BVM, che però nell'offerta Nipro costituirebbe un dispositivo opzionale non incluso nell'offerta, non essendo all'uopo rilevante la sua menzione nella relazione tecnica, con conseguente sovvertimento dell'ordine di graduatoria, atteso che lo scarto tra i due operatori è pari a punti 2,925;

- illegittima sarebbe anche l'assegnazione a Fresenius di punti 4,00 e punti 3,50 per gli stessi criteri di valutazione n.7 e n.8. Segnatamente, Fresenius non avrebbe garantito agli Enti del SSN la fornitura delle sole coppie di linee ematiche dotate del componente "cuvette" BVM (le uniche idonee ad abilitare il funzionamento in macchina del sistema BVM);

- le stesse identiche considerazioni censoree, con decurtazione di punti 7,50, dovrebbero valere per l'offerta delle coppie di linee ematiche da parte di Medtronic che non garantirebbe la fornitura delle sole coppie di linee ematiche dotate del componente "cuvette" HEMOX, essendosi Medtronic riservata la fornitura, in sede di esecuzione degli stipulandi appalti specifici, delle meno performanti e meno costose (per il produttore) linee standard;

- sarebbe arbitraria l'attribuzione a Medtronic di punti 3,25 per ciascuno dei criteri tabellari 9 e 12 nonostante, in sede di esecuzione della verifica tecnica sull'apparecchiatura di tale concorrente, la commissione di gara avesse ravvisato, apponendo nella corrispondente tabella la sigla N.A. ("Non applicabile"), la non sussistenza delle corrispondenti caratteristiche tecniche migliorative;

- in ogni caso, rispetto al criterio sub 9, l'offerta di Medtronic non soddisferebbe il criterio in quanto la coppia di linee ematiche da essa proposta per il trattamento HD in modalità Monoago non sarebbe dotata di cuvette HEMOX (la versione con Hemox non sarebbe infatti presente in offerta), rendendo impossibile la funzione HEMOX in tutti i trattamenti richiesti dal capitolato;

- quanto al criterio tabellare n.14 l'utilizzo, da parte di Medtronic, del Kt/V come surrogato del flusso ematico per regolare il flusso del dialisato, non sarebbe una metodica idonea ad essere premiata con il criterio qui in rilievo;

- per ciò che concerne il criterio n.22 la scheda tecnica del filtro Phylther serie HF prodotta da Medtronic a comprova del valore del coefficiente di Sieving farebbe riferimento alla superata modalità operativa riportata nella vecchia normativa (EN 1283) seguita da Medtronic per il calcolo del valore, in contrasto con quanto invece richiesto espressamente a pag.45 del capitolato d'oneri;

- l'offerta del RTI Nipro, relativamente al criterio tabellare n.2, non soddisferebbe il requisito per il trattamento HD in modalità ago singolo;

- quanto al criterio n.4, i sistemi proposti (DIF e CTS) non sarebbe coerenti con le prescrizioni capitolari;

- rispetto al criterio quantitativo n.13 il sistema offerto dal RTI Nipro, pur automatico, non sarebbe programmabile.

3. Resistono in giudizio Consip s.p.a., Braun Avitum Italy s.p.a., Nipro Medical Europe N.V., Fresenius Medical Care Italia s.p.a., che hanno altresì riproposto ex articolo 101 c.p.a. le eccezioni di



inammissibilità del ricorso principale già sollevate in prime cure e rimaste assorbite nella statuizione di rigetto del ricorso principale.

3.1. Si è costituita, rassegnando le medesime conclusioni anche Medtronic Italia s.p.a., che ha, altresì, spiegato appello incidentale condizionato riproponendo i contenuti censorei del ricorso incidentale dichiarato improcedibile dal TAR e censurando, in particolare, i punteggi attribuiti dalla Commissione a Baxter e Nipro al fine di non perdere la posizione utile in graduatoria conquistata.

3.2. Segnatamente, riproponendo le censure articolate in prime cure, Medtronic deduce:

a) con riferimento alla caratteristica migliorativa n. 1, Baxter avrebbe correttamente indicato che la misura avviene attraverso una formula, ma avrebbe al contempo arbitrariamente ed erroneamente indicato che il parametro (regimi pressori e/o reologia del circuito all'ingresso del dializzatore) è visibile sul display: viceversa, l'operatore avrebbe solo la possibilità di essere allertato con un allarme quando i valori calcolati risultano al di fuori dei valori di normalità. Tanto impedirebbe l'assegnazione di 2/3 del punteggio (nella specie 2,667) con revisione al ribasso del relativo punteggio nella misura di 1,333 come evidenziato anche dal chiarimento 10;

b) rispetto al criterio 22 la documentazione prodotta in gara sarebbe incompleta in violazione dell'art. 15 del capitolato perché l'offerta nell'indicare il valore 0,95 farebbe rinvio ad una scheda che a sua volta non spiegherebbe le modalità di calcolo (in particolare, non sono espressamente specificati i parametri relativi a Qb, Qd e Qf);

c) quanto all'offerta di Nipro, rispetto al criterio sub 1), i chiarimenti avrebbero precisato che questa possibilità dovesse essere disponibile per tutti i trattamenti oggetto di gara ovvero BHD LF, BHD HF e HDF on-line. Di contro, nelle soluzioni proposte da Nipro la pressione PI, da essi stessi indicata come rilevante per il monitoraggio dei regimi pressori post pompa, non verrebbe mai e in nessun caso misurata direttamente, né ricavata mediante formula, e non verrebbe neanche visualizzata a display;

d) rispetto al criterio sub 4, la soluzione tecnologica proposta da Nipro in merito alla automatizzazione della fase di restituzione a fine trattamento risulterebbe essere non conforme con la valutazione ottenuta in quanto il monitor offerto da Nipro gestirebbe in automatico la sola fase di inizio trattamento, mentre non sarebbe automatica né disponibile, per tutte le metodiche in gara, la fase di restituzione mediante la funzione DIF;

e) quanto ai criteri sub 7 e sub 8, entrambe le caratteristiche sarebbero state erroneamente apprezzate sulla base della relazione tecnica redatta e presentata da Nipro in ragione della presenza del sensore MODULO BVM che risulterebbe, però, essere un kit opzionale non rientrante nel perimetro dell'offerta;

f) quanto al criterio sub 13 l'offerta Nipro non sarebbe programmabile ed il reale valore che Nipro avrebbe dovuto dichiarare sarebbe 150 ml/min (somma del Qd e Qb) e non 100 ml/min;

3.3. Con ordinanza n. 5234 dell'11.9.2020 è stata accolta l'istanza cautelare avanzata dall'appellante principale ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., e, dunque, ai soli fini della anticipata fissazione dell'udienza di merito.

3.4. Con ordinanza n. 1161 dell'8.2.2021, questa Sezione ha disposto una verifica incaricando del relativo incumbente istruttorio il Rettore della Facoltà di Medicina dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", con facoltà di sub delega, provvedendo poi a sollecitare la cura dei suddetti adempimenti dapprima con decreto presidenziale n. 871 del 31.5.2021 e poi con ordinanza n. 7506 del 10.11.2021.

3.5. In data 7.1.2022 il Verificatore ha depositato la propria relazione, corredata dei relativi allegati.

3.6. Le parti in vista dell'odierna udienza di discussione hanno illustrato con memorie difensive le proprie tesi, nonché controdedotto e replicato alle tesi avversarie.

3.7. All'udienza del 17.3.2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. L'appello principale è, in parte, improcedibile e, in parte, infondato. Tanto comporta l'improcedibilità dell'appello incidentale condizionato spiegato da Medtronic.

4.1. Vanno preliminarmente passate in rassegna le eccezioni sollevate, in rito, dalle parti intime, con la precisazione che non verranno scrutinate le eccezioni destinate a rimanere assorbite nella statuizione di improcedibilità di cui si dirà in prosieguo.



4.2. Nella suddetta prospettiva, il Collegio ritiene priva di pregio l'eccezione sollevata da Medtronic circa la violazione dell'articolo 13 ter delle norme di attuazione del c.p.a e del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 2016 non essendo qui comprovato lo sfioramento rispetto al numero massimo (70.000) di caratteri consentiti (cfr. Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2020 n. 6043), unico dato cogente, non potendosi evidentemente far dipendere la violazione del principio di sinteticità dalla tipologia e misura dei caratteri utilizzati ovvero dalla spaziatura tra le righe che compongono la singola pagina del ricorso.

5. Tanto premesso, e venendo al merito della res controversa, giova rammentare che l'appellante principale aveva chiesto, con il primo motivo di gravame, la riforma della sentenza appellata per non aver statuito l'annullamento della legge di gara nonostante l'intrinseca contraddittorietà e l'illogicità della formula matematica prescelta per quotare, in termini di punteggio, il peso dell'offerta economica. Inoltre, con il secondo motivo di gravame, Baxter aveva prospettato, come autonomo motivo di doglianza, che la verifica tecnica sull'apparecchiatura offerta in gara, da condurre anche tramite prova pratica o conferma visiva rispetto alle caratteristiche tecniche suscettive di accertamento, fosse stata svolta in modo solo parziale in violazione del paragrafo 15 bis del capitolato d'onori.

5.1. Nel corso dell'udienza di trattazione del 4.2.2021 l'appellante principale ha dichiarato a verbale il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione per il primo e il secondo motivo di appello di guisa che, in parte qua, va dichiarata l'improcedibilità dell'appello. E', infatti, ius receptum in giurisprudenza il principio secondo cui, nel caso di espressa dichiarazione del ricorrente di non aver più alcun interesse alla decisione del ricorso, il giudice non può decidere la controversia nel merito, né procedere d'ufficio, né sostituirsi al ricorrente nella valutazione dell'interesse ad agire, ma solo adottare una pronuncia in conformità alla dichiarazione resa, poiché nel processo amministrativo, in assenza di repliche e/o diverse richieste ex adverso, vige il principio dispositivo in senso ampio, nel senso, cioè, che parte ricorrente, sino al momento in cui la causa è trattenuta in decisione, ha la piena disponibilità dell'azione e può dichiarare di non avere interesse alla decisione, in tal modo provocando la presa d'atto del giudice, che può solo dichiarare l'improcedibilità del ricorso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21/09/2020, n. 5486; Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2020, n. 38; VI, 25 febbraio 2019, n. 1278; IV, 12 settembre 2016, n. 3848).

5.2. Tanto dispensa il Collegio, come già sopra anticipato, dalla preliminare disamina delle corrispondenti eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti appellate in relazione ai suindicati motivi di gravame.

6. Quanto al terzo motivo di gravame, Baxter aveva dedotto in prime cure che tre concorrenti – e precisamente B. Braun Avitum Italy, Fresenius Medical Care Italia e Medtronic Italia – avevano presentato offerte plurime e alternative (la prima società in relazione ai “filtri”, le altre due in relazione alle “linee ematiche”) e che meritassero pertanto di essere esclusi dalla gara.

6.1. Da parte sua, il TAR ha respinto la suddetta censura rilevandone l'infondatezza rispetto all'offerta presentata da Braun, la cui validazione già di per sé assumeva rilievo assorbente per neutralizzare la doglianza in argomento dal momento che l'interesse di Baxter a coltivare la censura presupponeva, in considerazione dei meccanismi di aggiudicazione previsti dalla disciplina di gara, la verifica della sua fondatezza con riguardo alla posizione di tutti e tre i predetti concorrenti.

Segnatamente, il TAR ha smentito la tesi della censurata alternatività dell'offerta facendo leva, anzitutto, sul fatto che, nell'economia della disciplina di gara, l'offerta tecnica avanzata da ciascun concorrente fosse rappresentata, anzitutto, dalla relativa “Scheda Offerta tecnica generata dal Sistema” (di cui al paragrafo 15.1 del capitolato d'onori), nella quale i concorrenti erano, infatti, tenuti ad indicare, a pena di esclusione, i prodotti/valori concretamente offerti e i cui soli contenuti avrebbero dovuto, dunque, ritenersi suscettibili di tradursi nell'oggetto dell'accordo quadro alla cui conclusione la procedura era finalizzata.

Muovendo da tale premessa il TAR ha, dunque, stimato come inconfidente la circostanza che nella sola documentazione illustrativa fornita dagli stessi concorrenti a “comprova” di quanto già dichiarato nella scheda fossero contenuti alcuni isolati riferimenti anche a prodotti diversi da quelli inseriti nella scheda tecnica (o versioni diverse dello stesso prodotto), dal momento che tale



documentazione aggiuntiva - quale a titolo esemplificativo quella "ufficiale dei produttori", "manuali di servizio", "manuale utente" e "rapporti di prova" - rileverebbe ai fini dell'offerta tecnica solo ed esclusivamente nella parte in cui il concorrente vi avesse fatto puntuale rinvio al fine di "comprovare il possesso delle caratteristiche tecniche minime e, ove offerti, dei criteri migliorativi tabellari e quantitativi ... con riferimento ai (soli) prodotti offerti" (in tal senso, il paragrafo 15.3 del capitolato d'oneri).

6.2. Con il mezzo qui in rilievo Baxter deduce che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, l'offerta tecnica non poteva dirsi, quanto ai filtri, ricadenti tra i materiali di consumo, rappresentata solo dalla relativa "Scheda Offerta tecnica generata dal Sistema". Né sarebbero condivisibili le argomentazioni del TAR riferite alla Braun, unica offerta esaminata ai fini della prova di resistenza, secondo cui sarebbero stati offerti i soli filtri "Xevonta".

I filtri, infatti, quanto a marca e modello non risulterebbero tipologicamente indicati nella scheda tecnica e nell'offerta economica. Lo stesso Allegato 13 prodotto in gara da Braun che elenca solo una parte dei filtri della linea Xevonta dalla stessa offerta ometterebbe di indicare la restante parte dei filtri della medesima linea Xevonta, benché sicuramente offerti, di guisa che la Braun avrebbe offerto anche i filtri della linea Diacap specificamente indicati nel predetto "Elenco Prodotti" presentato nell'esercizio della facoltà all'uopo concessa ai concorrenti dalla legge di gara.

Sarebbe, per il resto, pacifico che le offerte di Fresenius e Medtronic contenessero una pluralità di coppie di linee ematiche.

6.3. Contrariamente a quanto dedotto, la decisione appellata riflette, sul punto, una sufficiente capacità di resistenza alle doglianze dell'appellante principale, avendo il giudice di prime cure inferito l'identità e l'unicità dei prodotti offerti (e dunque escluso l'esistenza in offerta di altri prodotti) proprio dai valori prestazionali dei filtri indicati nella scheda di offerta tecnica.

6.4. Vale, a tal riguardo, premettere che, ai sensi dell'articolo 15 del capitolato, l'offerta tecnica si compone di:

- a) Scheda Offerta tecnica generata dal sistema, a pena di esclusione dalla gara;
- b) Relazione tecnica, pena la mancata attribuzione del punteggio relativo ai criteri migliorativi discrezionali;
- c) Documentazione a comprova delle caratteristiche tecniche minime, a pena di esclusione dalla gara;
- d) Documentazione a comprova dei criteri tecnici migliorativi tabellari e quantitativi, ove offerti, pena la mancata attribuzione del relativo punteggio;
- e) Documento (conforme all'Allegato 13 - "Riferimenti documentali") contenente i riferimenti documentali alle caratteristiche tecniche minime e, ove offerte, migliorative.

La piana lettura delle prescrizioni capitolari consente, dunque, di confermare l'esegesi svolta dal giudice territoriale quanto alla diversa natura e finalità assegnata alla documentazione in argomento, dovendo riconoscersi rilievo primario, ai fini della identificazione dei contenuti dell'offerta, nonché delle caratteristiche tecniche e migliorative, alla scheda offerta tecnica per come integrata, quanto alla descrizione delle caratteristiche migliorative suscettive di apprezzamento alla stregua dei criteri di valutazione discrezionali, dalla relazione tecnica, svolgendo un ruolo complementare di "comprova" la documentazione ulteriore richiesta ovvero di esplicitazione delle fonti il documento ulteriore di cui all'Allegato 13 "Riferimenti documentali".

6.5. All'interno delle descritte coordinate va, dunque, scrutinata la censura qui in rilievo dovendo soggiungersi, altresì, che il capitolato, all'articolo 20, espressamente sanzionava con l'esclusione la presentazione di offerte plurime o alternative, regola che si pone nel solco dell'art. 32, comma 4, del D.lgs 50/2016, a mente del quale "ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta", da ritenersi, a sua volta, precipitato tecnico del più generale principio di concorrenza.

6.6. Tanto premesso, deve ritenersi corretto il decisum qui appellato nella parte in cui evidenzia che, alla stregua dei valori riportati nella scheda tecnica (e replicati nell'offerta economica), Braun ha offerto in gara due tipologie di filtri, entrambe appartenenti alla medesima linea commerciale "Xevonta", "Xevonta Low" e "Xevonta High", in funzione del trattamento richiesto.



Ed, invero, l'attitudine del suindicato documento ad esprimere di per sé l'offerta tecnica vale ad escludere la portata concorrente che, in termini di alternatività ovvero di cumulabilità, l'appellante principale intende assegnare alla documentazione aggiuntiva di per se stessa non idonea a concretare la valenza giuridica di offerta in senso proprio (al punto da sovrapporsi a quella contenuta nella scheda di offerta tecnica) di guisa che, in apice, resta preclusa la prospettata violazione del principio di unicità dell'offerta. Si tratta all'evidenza di documentazione non conferente per lo scrutinio della censura qui in rilievo.

Vale poi aggiungere che con riferimento ai materiali di consumo – ma nei soli limiti in cui i relativi prodotti non figurassero già nella scheda di offerta tecnica - il capitolato ne prevedeva l'offerta in Kit indicando le caratteristiche tecniche minime senza però assicurarne specifica evidenza nel modello di scheda tecnica tanto che, attraverso mirati chiarimenti, la stazione appaltante ha precisato che "...il concorrente potrà eventualmente produrre il file excel che dovrà essere caricato nella sezione documentazione a comprova", in tal modo assegnando a tale sezione documentale, ma solo nei limiti suddetti, anche una concorrente funzione identificativa dell'offerta.

6.7. La conferma sul piano della legittimità dell'ammissione dell'offerta Braun ha correttamente indotto il primo giudice a disattendere la censura qui scrutinata dal momento che, alla stregua della disciplina di gara, l'eventuale esclusione degli altri due operatori, Fresenius e Medtronic, non avrebbe giovato all'odierno appellante cui sarebbe stata comunque interdetta, quale ultimo graduato, l'aggiudicazione.

6.8. Per completezza espositiva, e assumendo il tema in discussione rilievo anche ai fini del sindacato sulla correttezza dei punteggi assegnati dal seggio di gara, deve soggiungersi che, nel caso di Fresenius, il suddetto operatore nel proprio documento "Elenco Prodotti Offerti.pdf" ha incluso 4 tipi differenti di coppie di linee ematiche (set on line e set on line plus BVM) tra loro identiche ad eccezione della presenza o meno della cuvette BVM, componente questa che, a differenza delle altre, rende operativo il sistema BVM di monitoraggio e controllo del volume ematico sull'apparecchiatura FMC 5008, suscettivo alla stregua della legge di gara di generare un punteggio aggiuntivo ai sensi dei criteri 7 e 8.

Allo stesso modo Medtronic ha duplicato le coppie di linee ematiche, sia HD che HDF, di cui 1 standard e 1 con componente integrato Hemox che rende operativo il sistema HEMOX di monitoraggio e controllo del volume ematico sull'apparecchiatura FLEXYA, con possibilità di incrementare il punteggio nei termini poc'anzi esplicitati.

Fresenius contesta, ciò nondimeno, la ricostruzione attorea opponendo che si tratterebbe comunque di prodotti appartenenti alla stessa ed unica famiglia, inclusi nella medesima scheda tecnica, che presentano delle caratteristiche diverse al fine di consentire al clinico la possibilità di scegliere la soluzione migliore per la cura del paziente, anche perché Fresenius non avrebbe fissato alcun vincolo di scelta (quantitativi minimi, percentuali di un codice rispetto ad un altro, etc.) né previsto differenze di prezzo.

Per le medesime ragioni, ben potendo la stazione appaltante chiedere l'intera fornitura del prodotto con cuvetta spetterebbe il punteggio assegnato in riferimento ai criteri 7 e 9.

Nei medesimi termini ha concluso Medtronic.

La circostanza che hanno codici di identificazione diversi sarebbe irrilevante e dipenderebbe da una mera scelta di praticità al fine di rendere riconoscibile la versione del prodotto all'interno della comunque unica "famiglia" di prodotti.

Né rileverebbe, per le medesime ragioni fin qui esposte, il diverso numero progressivo di iscrizione nell'apposito repertorio dei dispositivi medici dal Ministero della Salute ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 46/97 e dell'art.10 del D.Lgs. 332/00.

D'altro canto, proseguono i suddetti controinteressati, diversamente opinando anche l'offerta Baxter in relazione alle varianti di filtri offerte si porrebbe in distonia con la legge di gara.

6.9. Il motivo di gravame qui in rilievo non merita favorevole scrutinio.

Com'è noto, il principio di unicità dell'offerta di cui all'art. 32, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che impone agli operatori economici di presentare una sola proposta tecnica e una sola proposta economica, al fine di conferire all'offerta un contenuto certo ed univoco, è posto a presidio – da un



lato – del buon andamento, dell'economicità e della certezza dell'azione amministrativa, per evitare che la stazione appaltante sia costretta a valutare plurime offerte provenienti dal medesimo operatore economico, tra loro incompatibili, e che perciò venga ostacolata nell'attività di individuazione della migliore offerta, e – dall'altro – a tutela della par condicio dei concorrenti, poiché la pluralità delle proposte attribuirebbe all'operatore economico maggiori possibilità di ottenere l'aggiudicazione o comunque di ridurre il rischio di vedersi collocato in posizione deteriore, a scapito dei concorrenti fedeli che hanno presentato una sola e univoca proposta corrispondente alla prestazione oggetto dell'appalto, alla quale affidare la loro unica ed esclusiva chance di aggiudicazione. La presentazione di un'unica offerta capace di conseguire l'aggiudicazione, infatti, è il frutto di un'attività di elaborazione nella quale ogni impresa affronta il rischio di una scelta, che la stazione appaltante rimette alle imprese del settore, ma che comporta una obiettiva limitazione delle possibilità di vittoria.

Alla luce di quanto sopra, dunque, la possibilità di presentare una pluralità di offerte o offerte alternative, comportando l'opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni, non potrebbe mai essere accordata o riservata ad una sola impresa concorrente, ma dovrebbe comunque essere garantita a tutte le partecipanti in nome della par condicio e, pertanto, prevista e regolata nella lex specialis (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 18/12/2020, n.8146).

Orbene, avuto riguardo al caso qui in rilievo, mette conto evidenziare che la legge di gara prevedeva che il materiale di consumo, necessario al funzionamento dell'apparecchiatura offerta, dovesse includere per ogni trattamento:

- n. 1 filtro con le caratteristiche successivamente indicate (se richiesto dall'Amministrazione);*
- n. 1 coppia di linee ematiche;*
- n. 1 set di reinfusione costituito da una linea di reinfusione per i trattamenti in HDF online;*
- soluzione di bagno dialisi con un quantitativo sufficiente per almeno cinque ore ininterrotte di trattamento e con caratteristiche ultrapure e/o di sterilità. È facoltà dell'Amministrazione richiedere la soluzione di bagno dialisi con un quantitativo sufficiente per almeno sei ore ininterrotte di trattamento e con caratteristiche ultrapure e/o di sterilità;*
- n. 1 dose di disinfettante/disincrostante per un ciclo di lavaggio, disinfezione e disincrostazione dopo ogni seduta dialitica.*

Quanto poi alle relative caratteristiche il capitolato tecnico si limita a precisare, relativamente alla voce corrispondente alla coppia di linee ematiche, quanto segue “sterilizzazione non ETO; comprende una linea arteriosa e una linea venosa (oppure, a richiesta dell'Amministrazione, una linea venosa per dialisi monoago) complete di set eparina, circuiti e raccordi perfettamente adattabili alle Apparecchiature e tali da garantire sicurezza igienica e funzionale”.

Muovendo dal concreto contenuto prescrittivo della legge di gara, a giudizio del Collegio, deve rilevarsi come venga qui in rilievo, quanto alle offerte dei suddetti operatori, materiale accessorio dell'apparecchiatura contraddistinto, nel rispetto della complessiva identità tipologica dell'offerta e senza variazioni di prezzo o di vincoli di scelta, da possibili integrazioni applicative che, declinabili in termini di migliorie, non ne mutano il tratto identitario ma rendono il progetto, in virtù della sua flessibilità operativa, meglio corrispondente, sul piano applicativo, alle esigenze della stazione appaltante.

E ciò vieppiù a dirsi in considerazione del fatto che l'aver indicato nella legge di gara la necessità di fornire a corredo n. 1 coppia di linee ematiche non sta a significare – in mancanza di ulteriori e più pertinenti indicazioni, non rinvenibili nella disciplina di gara - che non fosse possibile corredare il dispositivo accessorio qui in rilievo della gamma delle relative opzioni di soluzioni tecniche applicative, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste, limitandosi la legge di gara a rimarcare la necessità di offrire almeno una coppia, pena il non funzionamento della macchina lasciando per il resto le modalità di funzionamento aperte a soluzioni migliorative che rendono il progetto più performante e flessibile.

D'altro canto, il vero attentato al principio di unicità dell'offerta si verifica nelle ipotesi di più offerte, o di più proposte nell'ambito della medesima offerta, formulate in via alternativa o subordinata, in modo tale che la scelta ricadente su una di esse escluda necessariamente la praticabilità delle altre,



poiché solo in queste ipotesi il concorrente è effettivamente avvantaggiato rispetto agli altri dall'offerta plurima, potendo contare su un più ampio ventaglio di soluzioni in grado di soddisfare le esigenze della stazione appaltante (cfr. ex multis T.A.R. Torino, (Piemonte) sez. I, 16/03/2020, n.195; TAR Toscana, sez. I, n. 1361 del 2015; TAR Veneto, sez. II, n. 1135 del 2018).

7. A questo punto occorre sottoporre a scrutinio il quarto motivo d'appello principale con il quale Baxter contesta i punteggi assegnati agli operatori controinteressati evidenziando, in apice, che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, oggetto di doglianza non era tanto il giudizio offerto dal seggio di gara ma il profilo della corretta percezione delle caratteristiche tecniche delle apparecchiature offerte e dei relativi accessori.

7.1. Baxter contesta, anzitutto, l'assegnazione al RTI Nipro del punteggio (rispettivamente punti 2,667 e 2,567) per i criteri di valutazione n. 7 e n. 8 che il concorrente ha dichiarato soddisfatti mediante le funzioni BVM e BVC, funzioni la cui fruibilità è subordinata alla presenza nell'apparecchiatura del sensore denominato Modulo BVM. Deduce, invero, che il predetto sensore costituisce nell'apparecchiatura Surdial X offerta dal RTI Nipro un dispositivo opzionale (contraddistinto con l'apposito codice Nipro 0-704-162 UJ) che non risulta incluso dal concorrente nella sua offerta, non comparando né nella Scheda Offerta Tecnica presentata dal RTI Nipro né nel documento di identificazione dei prodotti offerti prodotto dal medesimo concorrente né ancora nell'Offerta Economica, non assumendo di contro rilievo la circostanza che fosse menzionato nella relazione tecnica.

Di contro, sul punto il Collegio reputa condivisibile la replica dell'operatore Nipro nella parte in cui reputa sufficiente l'espressa menzione del dispositivo in argomento nella relazione tecnica – circostanza peraltro non contestata da Baxter – sia in considerazione del rilievo complementare assegnato a tale documento dal capitolato (art. 15) sia in considerazione del fatto che la scheda offerta tecnica reca, e proprio in relazione ai criteri premianti qui in rilievo, un esplicito rinvio alla relazione tecnica che, pertanto, integra la prima.

7.2. Parimenti non hanno pregio le doglianze che involgono, sotto distinto profilo, i punteggi assegnati sempre in relazione ai criteri nn. 7 e 8 a Fresenius e a Medtronic. I suddetti rilievi censorei possono essere scrutinati congiuntamente in quanto muovono dalla premessa comune secondo cui i suddetti operatori hanno offerto coppie di linee ematiche non sovrapponibili, solo una delle quali dotate del componente ("cuvette" BVM nel sistema offerto da Fresenius e "cuvette" HEMOX in quello offerto da Medtronic) che consente di attivare la funzionalità qui premiata.

Sul punto, vale qui richiamare quanto già sopra evidenziato ai punti 6.8 e 6.9., essendo ai fini qui in rilievo sufficiente aggiungere come la dotazione degli accessori offerti contempli, senza limitazioni di sorta, la variante completa del componente in questione di guisa che l'assegnazione dei punteggi in contestazione si rivela immune dai rilievi proposti dall'appellante.

7.3. Baxter contesta, poi, l'assegnazione a Medtronic del punteggio massimo per i criteri nn. 9 e 12 avendo, a suo dire, il seggio di gara violato il disposto di cui all'art. 15 bis del capitolato nella parte in cui imponeva di attribuire un punteggio pari a zero per le caratteristiche tecniche migliorative non verificate, evenienza questa conclamata dalla dicitura "N.A" (non applicabile) assegnata dalla Commissione in sede di verifica delle caratteristiche tecniche migliorative, che però risulta contraddetta dal punteggio successivamente assegnato.

Inoltre, osserva l'appellante, il mancato possesso in capo a Medtronic della caratteristica migliorativa n. 9 sarebbe confermata dalla distinta circostanza che la funzionalità qui premiata sarebbe attivabile solo in presenza di una determinata tipologia di linee ematiche (quelle dotate di un sistema in grado di interfacciarsi con il sensore Hemox della macchina). Tuttavia, le linee ematiche per dialisi Monoago offerte dalla Medtronic mancherebbero di cuvette HEMOX e ciò impedirebbe al sensore Hemox sull'apparecchio di attivarsi e realizzare la funzione di analisi di cui al criterio n. 9.

Osserva il Collegio che, come evidenziato dal giudice di prime cure, l'assenza della caratteristica qui in rilievo non può essere desunta, con la pretesa automaticità, dalla dicitura "N.A" (non applicabile) riportata sul verbale n. 5, e superata però dall'esplicito riconoscimento e dal punteggio assegnato nel verbale n. 10, non essendo qui revocabile in dubbio la dotazione della funzionalità richiesta ed



essendo semmai in discussione la sua possibile attivazione rispetto a tutte le tipologie di funzionamento.

Tanto trova conferma negli esiti della verifica tecnica.

Deve, poi, soggiungersi che, quanto al criterio n. 9, il criterio premiante era riferito alla "Presenza di sensori di volume ematico, saturazione ossigeno e spettrofotometro integrati senza disponibile aggiuntivo, funzionanti in tutti i tipi di trattamenti, con visualizzazione a display", di guisa che il riferimento in questione sembrerebbe riferito, anzitutto, al sistema di base e alla sua attitudine al funzionamento per tutti i tipi di trattamento previsti. Il verificatore ha, poi, soggiunto che se si usano le linee ematiche dedicate (non tutte le linee hanno il sensore) la funzione sussiste, precisando, altresì, che le linee biago con il sensore sono adattabili all'uso monoago previo intervento dell'operatore. Alla stregua di tali precisazioni deve, dunque, concludersi che la funzione premiata nel sistema offerto da Medtronic sussista ed è idonea di coprire tutti i trattamenti richiesti.

Le medesime considerazioni assorbono le contestazioni che involgono il criterio tabellare n. 12 che premiava invece la "Possibilità di effettuare trattamenti emodialitici isotermici con biofeedback in continuo della temperatura ematica del paziente senza intervento manuale dell'operatore".

7.4. Rispetto al criterio premiante 14, "Possibilità di regolazione del flusso del dialisato in relazione al reale flusso sangue", la legge di gara prevedeva l'assegnazione del seguente punteggio:

Se V14 = Sì, con regolazione automatica; C14 = 1,0

Se V14 = Sì, con regolazione manuale; C14 = 0,5

Se V14 = No; C14 = 0".

Baxter contesta il punteggio (dimezzato) ottenuto da Medtronic e ribadisce che l'utilizzo proposto da Medtronic del Kt/V come surrogato del flusso ematico per regolare il flusso del dialisato sarebbe assolutamente non corretto.

Sul punto, il Verificatore ha evidenziato che il rapporto tra i parametri in questione andrebbe affrontato non in termini di possibilità, qui non negata, ma di precisione anche perché l>alert del Kt/V potrebbe essere impreciso e di ciò l'operatore dovrebbe essere consapevole.

Sul punto, e fermi i pertinenti rilievi del Verificatore dal punto di vista astratto, deve rilevarsi come il criterio premiante in questione non reca ulteriori predicati declinando in termini di mera possibilità la funzione di regolazione del flusso del dialisato in relazione al reale flusso di sangue di guisa che il giudizio della Commissione, per quanto rifletta margini di opinabilità, non può dirsi manifestamente illogico o irragionevole.

7.5. Quanto al criterio n. 22, riferito al "Filtro HDF online. Coefficiente di Sieving della β_2 microglobulina, considerando un valore di $Q_b=300$ ml/min, $Q_d=500$ ml/min e $Q_f=60$ ml/min", Baxter oppone che la scheda tecnica del filtro Phylther serie HF prodotta da Medtronic a comprova del valore del coefficiente di Sieving farebbe riferimento alla superata modalità operativa riportata nella vecchia normativa (EN 1283).

Da parte sua Medtronic aveva replicato nel senso che la norma ISO 8637 ha recepito la norma EN 1283 ed esse sono quindi identiche dal punto di vista di contenuto normativo. Il Verificatore ha confermato tali rilievi evidenziando che le modalità sono simili, concludendo pertanto per la validità di tale metodica, salvo verifica diretta che dimostri valori differenti tra i due metodi, evenienza qui non in rilievo.

7.6. Con specifico riferimento alla posizione della controinteressata Nipro, Baxter deduce, anzitutto, che, rispetto al criterio n. 1, relativo alla "Possibilità di monitoraggio postpompa dei regimi pressori e/o della reologia del circuito all'ingresso del dializzatore", le due soluzioni tecniche proposte dal concorrente non rispondono al requisito per tutti i trattamenti richiesti dal capitolato (HD in modalità ago doppio e ago singolo e HDF) in quanto, sostiene, entrambe le soluzioni non sono disponibili in tutti i trattamenti.

Sul punto, vale premettere che, a causa di un refuso contenuto nell'appello principale anche l'ordinanza che ha disposto la verifica ha erroneamente formulato il quesito sul punto in argomento riferendolo al criterio n. 2 anziché al criterio n. 1. Pur tuttavia, tale erronea indicazione non ha alterato l'indagine commissionata avendo le parti e il verificatore inteso, in ragione della



manifesta evidenza del refuso di cui sopra, riferire gli accertamenti svolti correttamente al criterio n. 1.

Tanto premesso, e venendo al merito della questione, rileva il Collegio che anche in questo caso non è possibile ritenere, all'esito della verifica, che il giudizio della commissione risulti smentito, avendo il Verificatore ritenuto possibile il monitoraggio all'uso precisando che "i valori mostrati rappresentano un'informazione relativa all'andamento dei valori pressori e reologici piuttosto che una loro misurazione effettiva", di guisa che la misurazione deve ritenersi indiretta. Pur tuttavia, l'ampiezza operativa del criterio in argomento non consente di escludere come illogica e irragionevole la valutazione resa dalla Commissione.

7.7. Quanto al criterio n. 13, relativo a sistema programmabile automatico di risparmio del concentrato in attesa del collegamento al paziente (somma Flusso Dialisato e Flusso Pompa Sangue), il punteggio assegnato è stato fatto oggetto di contestazione in quanto il sistema offerto dal RTI Nipro sarebbe automatico ma non programmabile.

Sul punto, il Verificatore ha riscontrato la presenza del sistema in argomento, che parte di base al momento dell'accensione e che se ritenuto opportuno può essere disinserito. Sulla scorta di tali rilievi il Verificatore, pur dando atto delle incertezze semantiche connesse all'aggettivazione "programmabile", non ha dunque escluso la correttezza delle valutazioni svolte dal seggio di gara.

7.8. Viene da ultimo in rilievo il criterio tabellare n.4, Presenza di un sistema di gestione automatizzata (senza manovre da parte dell'operatore) delle procedure di inizio e fine trattamento e restituzione, che può essere declinato nella versione che prevede il punteggio massimo (C4=1) "il sistema gestisce, oltre alla restituzione, le procedure di inizio e di fine trattamento" che nella versione che prevede il punteggio dimezzato (C4= 0,5) "il sistema gestisce, oltre alla restituzione, o le procedure di inizio o di fine trattamento". Secondo l'appellante principale i sistemi proposti (DIF e CTS) non sarebbero coerenti con le prescrizioni capitolari in quanto non gestirebbero, in relazione a tutti i trattamenti, in modo automatico l'intero processo ma solo singole fasi. Orbene, il primo punto controverso involge la predicabilità della funzione in argomento rispetto a tutti i tipi di trattamento: sul punto, il capitolato, a differenza di quanto previsto rispetto ad altri criteri premianti, non contiene una specifica prescrizione; ciò nondimeno, la stazione appaltante, nel riscontrare il quesito 23, alla lettera c), ha confermato che la funzione dovesse essere possibile in relazione a tutti i trattamenti oggetto di gara di guisa che già la premessa su cui si fonda il costrutto giuridico dell'appellante resta dubbio potendo la stazione appaltante specificare ma non integrare il contenuto precettivo delle prescrizioni di gara. E', infatti, noto che il fine dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante in sede di gara è di ricondurre a sistema le eventuali contraddizioni presenti nella *lex specialis*, mediante una precisazione compatibile con le proprie originarie esigenze, sì che essendo le uniche fonti della procedura di gara costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati, i chiarimenti autointerpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle né integrarle e, quindi, non possono essere vincolanti per la commissione aggiudicatrice (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 09/06/2021, n. 4396).

Ad ogni buon conto, nel caso di specie ciò che viene revocata in dubbio è la possibilità di una copertura totale della funzione automatica di stacco in tutti i trattamenti di guisa che, come peraltro riconosciuto anche da Medtronic, che pur sul punto aveva spiegato appello incidentale, il punteggio di Nipro andrebbe nel caso dimezzato, previo riconoscimento del coefficiente 0,5, nella misura di punti 1,625 (in luogo di pt 3,250), che non consentirebbero, comunque, a Baxter di superare la prova di resistenza.

8. Conclusivamente, l'appello principale, in parte, va dichiarato improcedibile e, in parte, va respinto.

9. A ciò consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale.

10. La complessità e l'obiettiva controvertibilità delle questioni esaminate, nonché la novità anche in punto di fatto, giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio, ad eccezione di quelle di verifica, i cui oneri vanno definitivamente posti a carico dell'appellante e verranno, su richiesta, liquidati in separata sede.

P.Q.M.



Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- dichiara in parte improcedibile l'appello principale, lo respinge per il resto;*
- dichiara improcedibile l'appello incidentale:*
- compensa le spese del presente grado di giudizio, ad eccezione di quelle di verificaione, i cui oneri vanno definitivamente posti a carico dell'appellante e verranno, su richiesta, liquidati in separata sede.*

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

