



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9500 del 2024, proposto dalla società XXX S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG ..., rappresentata e difesa dagli avvocati ..., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

*contro*

YYY S.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ..., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

*nei confronti*

KKK S.r.l., non costituita in giudizio,

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 645/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di YYY S.c. a r.l.

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2025, il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Nel giudizio di primo grado definito con la sentenza qui impugnata, XXX Italia S.r.l. (di seguito XXX) ha impugnato la determinazione dell'Amministratore Unico di YYY S.c.a r.l. del 7 luglio 2023 con la quale:

(i) la stessa XXX è stata esclusa dal lotto 22 della "procedura ristretta in forma centralizzata per la fornitura di protesi ortopediche e dei dispositivi correlati al loro impiego per le aziende sanitarie della Regione Umbria";

(ii) è stata revocata la precedente aggiudicazione in suo favore;

(iii) è stata disposta la nuova aggiudicazione in favore della concorrente seconda classificata in graduatoria KKK S.r.l..

2. Alla base del provvedimento di autotutela, adottato all'esito di un nuovo esame da parte della Commissione della documentazione inerente l'offerta tecnica di entrambe le concorrenti, è stato addotto "*un errore di valutazione*" circa la rispondenza del prodotto offerto da XXX al requisito minimo capitolare che richiedeva che la PTG (Protesi Totale di Ginocchio) tricompartimentale dovesse presentare una "*superficie ceramizzata cementata da primo impianto a piatto fisso o mobile*": a detta della Commissione, "*la finitura presentata dalla XXX in nitruro di titanio e niobio non presenta le stesse caratteristiche tipologiche della superficie ceramizzata prevista dal capitolato tecnico*".

Mentre quindi la superficie ceramica offerta da KKK è stata ritenuta conforme al Capitolato, perché ottenuta trasformando il metallo originale tramite calore; non altrettanto la Commissione ha ritenuto con riguardo alla ceramizzazione dei prodotti XXX, in quanto ottenuta tramite apposizione di uno strato di un altro composto metallico.

3. Nel giudizio di primo grado XXX - oltre a denunciare la violazione e falsa applicazione della disciplina di gara quanto alle caratteristiche minime del prodotto oggetto della fornitura, nonché dell'art. 30 del D.lgs.

n. 50/2016, con particolare riferimento ai principi di parità di trattamento, concorrenza e non discriminazione - ha a sua volta contestato la conformità della protesi offerta da KKK in quanto munita di una superficie ceramizzata solo nel versante femorale e non nella tibia, quando invece tale caratteristica (avente lo scopo di evitare reazioni allergiche al paziente) a detta della ricorrente avrebbe dovuto trovarsi su tutto il prodotto.

3.1. Quanto alla propria offerta, XXX ha sostenuto che la dicitura capitolare non legittima la differenziazione impropriamente introdotta dalla stazione appaltante, in quanto:

i) la "*superficie ceramizzata*" si può ottenere sia attraverso un rivestimento ceramico del metallo (presente nei prodotti offerti dalla stessa XXX) sia attraverso l'ossidazione della superficie metallica (come nei prodotti offerti dalla controinteressata);

ii) il distinguo tra le due tecniche non solo non trova nessun addentellato testuale nella legge di gara, ma non presenta alcun senso dal punto di vista funzionale, poiché lo scopo di evitare che in pazienti allergici al nichel le parti metalliche delle protesi vengano a contatto con la carne viva è garantito in modo equivalente da entrambi i processi di ceramizzazione.

4. La causa è stata istruita attraverso una verifica tecnica, all'esito della quale il TAR Umbria ha respinto il ricorso ritenendo:

-- in primo luogo, che "*non esistono due tipi di ceramizzazione: la superficie ceramizzata è unicamente quella posseduta dalla protesi offerta da KKK, ovvero la trasformazione della superficie del metallo in ossido ceramizzato dopo essere stato riscaldato ad altissime temperature in presenza di ossigeno*" sicché "*la ricorrente non ha offerto lo stesso prodotto dell'aggiudicataria pervenendo ad esso con un procedimento diverso, ma ha offerto un prodotto diverso, non conforme ai requisiti minimi di bando, dunque meritevole di esclusione*";

-- in secondo luogo, che "*la pretesa della Commissione Giudicatrice della ceramizzazione tramite trasformazione del metallo in ossido ceramizzato trova la propria giustificazione funzionale nel fatto che "il metallo così "ceramizzato" ha, non solo proprietà anallergiche, ma anche una durezza superiore al cromo-cobalto-molibdeno, un coefficiente di frizione nettamente*

minore, una resistenza all'abrasione maggiore ed un'usura del polietilene inferiore rispetto alle leghe convenzionali. In sintesi, la ceramizzazione rende il materiale anallergico, ma allo stesso tempo ne modifica le proprietà tribologiche". Quindi la protesi offerta da XXX non può ritenersi equivalente neppure da un punto di vista funzionale a quella richiesta dalla stazione appaltante";

-- in terzo luogo, che "il capitolato con la protesi oggetto del lotto 22 non intendeva semplicemente preservare i pazienti dalle allergie, dato che a tale specificità erano espressamente dedicati i lotti 23 e 24 - che nelle specifiche precisano "per pazienti allergici ai metalli". Tale precisazione è assente nel lotto oggetto di causa, che dunque evidentemente non prescrive un procedimento di ceramizzazione diretto unicamente a preservare dalle allergie, bensì richiede un prodotto più performante del metallo di partenza in termini di maggiore durezza, e resistenza all'abrasione, nonché minore coefficiente di frizione e inferiore usura del polietilene rispetto alle leghe convenzionali".

4.1. Con riferimento, invece, alla censura appuntata sul dispositivo di KKK - concernente la presenza della superficie ceramizzata solo nel versante femorale e non nella tibia - il TAR l'ha ritenuta inammissibile per carenza di interesse (stante l'appurata legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla gara) e comunque infondata nel merito in quanto:

-- "...il capitolato tecnico di gara è chiaro nel limitare la superficie ceramizzata alla componente femorale della protesi (ovvero la parte mobile della protesi stessa) laddove in riferimento al piatto tibiale specifica espressamente che deve essere metallico, senza ulteriori specificazioni sull'eventuale ceramizzazione: ciò si giustifica in ragione di quanto sopra";

-- "Se infatti la finalità della ceramizzazione fosse stata quella di prevenire le allergie, avrebbe dovuto essere presente senz'altro su tutte le componenti della protesi, ma così non è. Al contrario la maggiore resistenza, durezza, resistenza all'usura e alla frizione si richiedono soltanto per la componente femorale della protesi, l'unica soggetta al tipico sfregamento (e alla conseguente usura) che deve sopportare l'articolazione del ginocchio, mentre tali necessità non si impongono per il piatto tibiale che invece è situato sotto la parte fissa dell'articolazione ed è meno soggetto a sollecitazioni".

5. Nel presente grado di giudizio, XXX – dopo aver premesso che la previsione capitolare della superficie ceramizzata non introduce alcuna ulteriore indicazione o specifica da cui potersi dedurre che ad essa debbano attribuirsi particolari "caratteristiche tipologiche":

a) anzitutto contesta l'affermazione del Verificatore, pedissequamente recepita dal TAR, secondo la quale "il concetto di ceramizzazione di un metallo va unicamente riferito a quel processo nel quale una lega, generalmente di Zirconio e Niobio, riscaldata a temperatura di 700 °C, in presenza di ossigeno forma uno strato superficiale di ossidazione di 5 mm sotto forma di diossido di Zirconio che viene comunemente definito ceramizzazione, e che modifica in maniera significativa le proprietà fisiche, chimiche e biomeccaniche del materiale. Al contrario non si definisce ceramizzazione l'apposizione di uno strato di nitruro di titanio e niobio (TiNbN), tramite un processo di deposizione fisica di vapore sulle componenti protesiche. In sintesi, nel primo caso si realizza una modificazione di superficie strutturale del metallo, nel secondo una semplice apposizione di un secondo strato".

Secondo XXX questa affermazione non trova alcun riscontro nella letteratura scientifica (che anzi la sconfessa), è stata espressa da un soggetto (direttore dell'area dipartimentale omogenea chirurgica e ortopedica dell'Azienda Ospedaliera "... di ...) non competente in chimica e metallurgia e – innanzi alle obiezioni tecniche di parte – è stata da quest'ultimo rimeditata con considerazioni integrative che da un lato riconoscono l'analogia tra i due metodi di ceramizzazione ("Giustamente vengono fatte notare ed evidenziate le numerose analogie fra le due metodiche che assolutamente confermiamo"), ma poi pervengono, ancora una volta senza alcun appoggio scientifico, ad una espressione di "libero convincimento" secondo la quale solo uno

di questi metodi sarebbe quello idoneo a creare una superficie ceramizzata (“*non possiamo credere che l’estensore del bando di gara non fosse a perfetta conoscenza dei due metodi e che pertanto, se avesse voluto indicarli entrambi, avrebbe avuto modo di specificarlo nel capitolato di gara, al contrario, indicando solo il termine superficie ceramizzata, riteniamo volesse unicamente fare riferimento alla modificazione di superficie*”);

b) in secondo luogo contesta - anche sulla base di una perizia di parte allegata al ricorso di appello - che la ceramizzazione dei prodotti XXX “*non attribuisca alla protesi qualità ulteriori se non quella di prevenire le allergie*”, come affermato dal TAR; nega che le prestazioni funzionali dei due prodotti siano differenti ed esclude che l’interpretazione della *ratio* funzionale del requisito possa desumersi dal confronto con lotti (23 e 24), aventi oggetto (le “*artroprotesi di ginocchio*”) diverso da quello del 22 (protesi totali di ginocchio);

c) in terzo luogo, ribadisce l’assenza nel prodotto offerto dall’aggiudicataria di una caratteristica prevista a pena di esclusione (la presenza di superficie ceramizzata solo nel versante femorale e non anche nella tibia) in quanto:

i) la tesi svolta in sentenza - secondo cui la richiesta di superficie ceramizzata non era legata alla necessità di tutelare i pazienti allergici, ma alla volontà di disporre di una protesi con materiale con caratteristiche superiori - è totalmente indimostrata, priva di riscontri nella legge di gara e fondata su un palese errore della relazione del Verificatore;

ii) quanto alla prescrizione capitolare secondo la quale il piatto tibiale dev’essere in metallo, essa non è volta a escludere la ceramizzazione, ma solo a precisare che non potrà essere fornita una componente tibiale realizzata in materiali alternativi;

iii) neppure è vero che la componente tibiale di una protesi di ginocchio è meno soggetta a sollecitazioni, in quanto l’articolazione tibiale del ginocchio è quella più utilizzata in quasi tutti i movimenti della gamba.

6. La causa, nel corso della quale si è costituita in resistenza alle domande attoree la società YYY, è giunta in decisione all’udienza pubblica del 15 aprile 2025.

7. Il Collegio ritiene che anzitutto debba essere accolta l’eccezione di inammissibilità del parere *pro veritate* prodotto per la prima volta in appello dalla XXX, eccezione sollevata dall’appellata YYY per violazione del divieto di nuove prove di cui all’articolo 104, comma 2, c.p.a..

7.1. Detto parere è infatti equiparabile a una consulenza tecnica di parte, che secondo l’opinione preferibile non è ammissibile quale nuova prova prodotta per la prima volta in appello (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2025, n. 1070; id., sez. VI, 14 novembre 2023, n. 9753 e sez. VII, 14 settembre 2023, n. 8318).

7.2. Non ricorrono d’altra parte le ipotesi eccezionali entro le quali l’art. 104, comma 2, c.p.a. ammette la produzione nel giudizio in appello di nuovi mezzi di prova, laddove il giudice li ritenga indispensabili ai fini della decisione o la parte dimostri di non averli potuti proporre o produrre nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

7.3. Il documento in questione avrebbe potuto/dovuto già essere prodotto nel giudizio di primo grado tanto più se si considera che l’oggetto del contendere era chiaro e ben definito già nella fase cautelare; che nel corso dell’espletata verifica l’odierna appellante ha avuto la facoltà di nominare un proprio consulente di parte e che il predetto giudizio ha visto la fissazione di ben tre pubbliche udienze e ha quindi offerto numerose occasioni di interlocuzione sulla materia tecnica oggetto dell’approfondimento istruttorio.

7.4. Né a conclusioni contrarie può indurre quanto sottolineato dall'appellante in replica all'eccezione, e cioè che il parere *de quo* non ha avuto a oggetto un "riesame" della verifica svolta in primo grado, essendo stati rivolti all'esperta solo dei quesiti astratti: ciò che conta è che il parere in questione è stato proposto a supporto dei motivi di gravame con i quali – tra l'altro – si mira a inficiare l'attendibilità della verifica disposta dal primo giudice, con ciò (come si vedrà) tentando di sopperire a quello che è stato un *deficit* dell'apporto tecnico dell'odierna appellante in tale fase del giudizio, cosa che - per quanto sopra esposto - non può essere consentita.

8. Ciò premesso, e con specifico riferimento al primo motivo di appello, il Collegio – pur nella consapevolezza della profonda tecnicità della questione sottesa alla (peraltro tardiva) esclusione dalla gara dell'offerta dell'odierna appellante – ritiene di respingerlo e confermare la sentenza appellata, la quale appare adeguatamente motivata sulla scorta di esiti univoci della verifica disposta.

8.1. E invero, occorre partire dal dato che il Capitolato tecnico relativo al lotto 22 richiedeva, indubbiamente quale requisito tecnico minimo preteso a pena di esclusione, che le protesi offerte avessero una "superficie ceramizzata cementata" (e, dunque, non semplicemente "ceramizzata"): requisito che è stato spiegato dal Verificatore come inteso a ottenere non solo un isolamento del metallo rispetto alla carne viva del paziente, in funzione preventiva per eventuali allergie, ma anche una maggiore solidità, resistenza e durata complessiva dell'intero dispositivo protesico, in tal modo spiegandosi il perché esso potesse dirsi soddisfatto solo da una protesi che fosse stata oggetto di "ceramizzazione" in senso tecnico (ossia di ossidazione della superficie attraverso un particolare processo a caldo), e non semplicemente rivestita di ceramica.

8.2. A fronte di ciò la parte appellante, a ben vedere - pur contestando le conclusioni del Verificatore (oltre, per vero, la stessa correttezza dei quesiti rivoltigli dal T.A.R.) e genericamente assumendo che lo stesso non avrebbe avuto le specifiche competenze tecniche per esprimersi sulla questione - non adduce elementi decisivi e univoci per supportare i propri assunti, se si eccettuano il richiamo a un articolo scientifico del 1993, che il primo giudice ha già motivatamente ritenuto non rilevante dopo che lo stesso era stato sottoposto allo stesso Verificatore, e il già menzionato parere *pro veritate*, che però come visto è inammissibile; tutto ciò dopo che in primo grado, pur avendo avuto la possibilità di nominare un proprio consulente di parte e interloquire più approfonditamente sui temi oggetto dell'accertamento tecnico, non se ne è avvalsa, limitandosi a far pervenire tramite il proprio legale le osservazioni alla bozza di relazione alle quali il Verificatore ha puntualmente replicato.

8.3. Così stando le cose, e stanti i noti limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche della stazione appaltante, il Collegio ritiene che le censure su questo punto non colgano nel segno, tenuto conto della non manifesta erroneità o irragionevolezza delle argomentazioni tecniche sulla base delle quali è stata motivata la lettura rigorosa che la Commissione ha dato del requisito *de quo*, nonché del fatto che rispetto ad essa l'odierna appellante non ha dimostrato (e nemmeno allegato) che si risolvesse in una specifica tecnica eccessivamente restrittiva della concorrenza o della partecipazione alla gara, ovvero tale da avvantaggiare anche solo di fatto uno o più operatori economici.

9. Quanto sopra comporta il rigetto anche del secondo motivo d'appello, con cui sono reiterate le censure afferenti a presunte carenze (anche) dei dispositivi offerti dalla controinteressata KKK S.r.l., essendo condivisibile – e assorbente – la statuizione di inammissibilità cui al riguardo è pervenuto il primo giudice, una volta acclarata la legittimità dell'esclusione dell'odierna appellante: a ciò può aggiungersi che

quest'ultima non ha neanche allegato un proprio interesse "*strumentale*" a un'ipotetica rinnovazione della procedura selettiva (ammesso che in gara fossero rimasti solo la stessa appellante e la controinteressata), limitandosi a ribadire le proprie censure di merito sulle caratteristiche dell'offerta di controparte.

10. Per quanto esposto, l'esito conclusivo del giudizio è di reiezione complessiva dell'appello, pur potendosi disporre - per la peculiarità del caso esaminato e la natura essenzialmente interpretativa delle questioni poste - la compensazione delle spese del presente grado.

P.Q.M.

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

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Pescatore**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

IL SEGRETARIO