

Publicato il 09/05/2024

N. 04155/2024REG.PROV.COLL.
N. 01030/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1030 del 2024, proposto dalla Arthrex Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocata Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via A. Salandra, n. 34, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la 3D System S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Mirabile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo Migliaccio in Roma, via Cosseria, n. 5, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria, Sezione I, 8 gennaio 2024, n. 4, resa tra le parti, notificata il 9 gennaio 2024 e concernente la procedura aperta per l'affidamento mediante Accordo Quadro della fornitura di mezzi di osteosintesi e sintesi tendineo legamentosa occorrente alle esigenze delle Aziende Sanitarie della Regione Umbria.

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione della 3D System S.r.l. e della società Punto Zero S.c.a.r.l.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024, il consigliere Luca Di Raimondo e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in appello in esame, notificato il 2 febbraio 2024 e depositato il 3 febbraio successivo, la Arthrex Italia S.r.l. (di seguito anche "Arthrex") ha impugnato, chiedendone la riforma previa istanza cautelare, la sentenza 8 gennaio 2024, n. 4, con cui il Tribunale amministrativo per il l'Umbria, Sezione I, ha accolto il ricorso proposto da 3D System S.r.l. (di seguito anche "3D") per l'annullamento del provvedimento e degli atti presupposti, ivi compresi i verbali delle operazioni di gara, con cui Puntozero S.c.a.r.l., in qualità di Centrale di committenza regionale, (di seguito anche "Puntozero") ha aggiudicato all'appellante il lotto n. 89, concernente un "*sistema di cerchiaggio costituito da cavo in polimero sintetico radiotrasparente di polietilene ad altissimo peso molecolare (UHMWPE) in fili intrecciati su un nucleo di nylon e dispositivo di bloccaggio in titanio*", nell'ambito della gara europea per la "*Fornitura di Mezzi di Osteosintesi e Sintesi Tendineo Legamentosa occorrente alle esigenze delle Aziende Sanitarie della Regione Umbria*".

L'aggiudicazione - da disporsi, ai sensi dell'articolo 7 del Capitolato tecnico, in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa con l'attribuzione di

massimo settanta punti per l'offerta tecnica, secondo i criteri indicati nell'articolo 8, e trenta punti per l'offerta economica - era preordinata alla stipula di un accordo quadro con l'operatore economico aggiudicatario *ex* articolo 54, comma 4, lettera *a*), del decreto legislativo 8 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*.

In esito alle operazioni di gara, il lotto n. 89 è stato aggiudicato alla Arthrex, che ha conseguito il punteggio complessivo di 99,50, mentre la 3D si è collocata seconda in graduatoria con il punteggio complessivo di 76,12.

Contro i provvedimenti indicati ha proposto ricorso al Tar l'attuale appellata, che ha lamentato l'illegittima aggiudicazione dell'appalto in considerazione della mancata rispondenza dell'offerta della ditta aggiudicataria ai criteri minimi previsti a pena di esclusione, come dedotto dalla stessa interessata con istanza di riesame rivolta con nota inviata alla stazione appaltante via pec il 22 giugno 2023.

2. Con la sentenza in questa sede impugnata, il Tar ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione ma non il subentro della ricorrente, stabilendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una nuova aggiudicazione.

Arthrex ha proposto appello avverso la citata decisione, affidando l'impugnativa a due motivi di censura, con i quali lamenta:

“I. IN RITO: ERRORES IN PROCEDENDO E/O IN IUDICANDO. SULL'INAMMISSIBILITÀ E/O

IMPROCEDIBILITÀ DEL RICORSO PRINCIPALE PER MANCATA IMPUGNAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DEL 27 GIUGNO 2023 A SEGUITO DELL'ISTANZA DI RIESAME DEL 22

GIUGNO 2023 AVANZATA DAL RICORRENTE”: la società appellante deduce che il Tar avrebbe erroneamente respinto l'eccezione preliminare in rito sollevata dalle parti intime, che avevano ritenuto improcedibile il gravame di prime cure, a causa della mancata impugnazione da parte della ricorrente della nota via pec del 27 giugno 2023 trasmessa in risposta all'istanza di riesame presentata dall'interessata il giorno precedente;

“II.1 ERRORES IN PROCEDENDO E/O IN IUDICANDO - SULLA EQUIVALENZA “SOSTANZIALE” DEL PRODOTTO OFFERTO DALLA ARTHREX IN RELAZIONE A QUANTO DISPOSTO NELLA LEX SPECIALIS DI GARA – SULLA LEGITTIMITÀ DELL’AMMISSIONE DELL’OFFERTA E SUL GIUDIZIO ESPRESSO DALLA COMMISSIONE GIUDICATRICE IN MERITO AL LOTTO N. 89 – SULLA CORRETTA APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA DI CUI ALL’ART. 68 D.LGS. 50/2016”: con tale mezzo, articolato in varie censure, viene dedotta l’erroneità della sentenza, che non avrebbe fatto correttamente applicazione del principio di equivalenza dell’offerta dell’aggiudicataria alla *lex specialis*, secondo quanto previsto dall’articolo 68 del decreto legislativo n. 50/2016.

3. Puntozero si è costituita in giudizio con atto depositato il 22 febbraio 2024 ed ha prodotto memoria difensiva il 26 febbraio 2024.

4. Il 23 febbraio 2024 si è costituita in giudizio 3D, che il 26 febbraio successivo ha depositato memoria difensiva in vista della camera di consiglio.

5. Con ordinanza cautelare 29 febbraio 2024, n. 766, la Sezione ha respinto la domanda interinale, non ritenendo sufficientemente provato il requisito del *periculum in mora* in considerazione della durata dell’appalto (quarantotto mesi rinnovabili per altri ventiquattro), e riservando alla fase di merito l’approfondimento delle doglianze dedotte con l’appello in esame.

6. Tutte le parti hanno depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a., l’Amministrazione e l’appellante anche memoria di replica rispettivamente in data 11 e 12 aprile 2024 e all’udienza del 23 aprile 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. La sentenza impugnata resiste alle censure mosse dall’appellante.

8. Con il primo mezzo, Arthrex lamenta l’erroneità della decisione appellata, che, respingendo la relativa eccezione sollevata dalle parti intimare, non ha dichiarato improcedibile il ricorso di prime cure per aver omesso la ricorrente di impugnare la nota trasmessa via pec il 27 giugno 2023 e con cui la stazione

appaltante ha ritenuto infondata l'istanza di riesame dell'aggiudicazione presentata dalla ricorrente.

Secondo l'appellante, sarebbe erronea la statuizione sul punto del primo giudice, attesa la natura di atto non meramente confermativo della citata comunicazione e avendo la stazione appaltante, secondo tale prospettazione, eseguito una nuova istruttoria, all'esito della quale ha confermato il provvedimento con cui ha proclamato vincitrice della gara la Arthrex.

Il motivo non può trovare accoglimento.

La giurisprudenza ha fissato ormai da tempo i confini tra atto meramente confermativo e atto di conferma in senso proprio, stabilendo che il primo è *“caratterizzato dal medesimo contenuto sostanziale del precedente, che non scaturisce da nuova istruttoria o anche solo da riesame della decisione già assunta con rivalutazione degli interessi in gioco, non è idoneo a riaprire i termini per l'impugnazione del precedente atto, né è autonomamente impugnabile, non essendo provvedimento innovativo, diverso dal precedente, di per sé lesivo e, quindi, suscettibile di autonoma impugnazione”*; ha poi aggiunto che *“allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) ovvero di conferma in senso proprio (e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), rileva che l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi”*, considerato che *“l'atto meramente confermativo si limita, infatti, a richiamare il precedente provvedimento e non ha perciò alcuna valenza costitutiva con conseguente inammissibilità, per difetto di interesse, del ricorso proposto avverso di esso (Consiglio di Stato, sez. III, 21/06/2018, n. 3817; sez. VI, 27/07/2015, n.3667; Sez. IV, 28/06/2016, n. 2914)”* (cfr, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione I, parere n. 1711/2022).

Nel caso di specie, si tratta della comunicazione via pec del 27 giugno 2023 a firma del RUP, che ha rigettato la domanda rivolta dalla 3D alla stazione appaltante al fine di ottenere l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

In disparte profili di possibile (seppur non eccepita dalla ricorrente) incompetenza del RUP a decidere sull'istanza volta ad ottenere la revoca (che si atteggia come un *contrarius actus*, alla cui emanazione, dunque, è chiamato lo stesso organo che ha adottato il primo, cioè la Commissione di gara, che aveva valutato la conformità dell'offerta dell'aggiudicataria alle regole capitolari), ritiene il Collegio che la pec del 23 giugno 2023 non rivesta nemmeno la natura di atto amministrativo, mancandone i presupposti.

Non si rinviene in essa, infatti, alcuna natura provvedimentoale, ma la semplice comunicazione che le osservazioni espresse nell'istanza non sono condivisibili, sulla base di conclusioni cui l'Amministrazione sarebbe giunta in altra sede senza darne conto compiutamente nella risposta all'istanza di annullamento in autotutela.

Né, d'altra parte, è stato fatto riferimento ad alcun documento o verbale, avente funzione motivazionale e dimostrativa dell'istruttoria eseguita, da cui potesse evincersi il reale e concreto coinvolgimento della Commissione di gara e le determinazioni da essa assunte al riguardo, dovendosi condividere quanto stabilito dal Tar, secondo cui *“tale carenza è rilevante in riferimento al fatto che al paragrafo 8 lettera a) - rubricato “offerta tecnica”- del capitolato tecnico si attribuisce alla competenza della Commissione di Gara la verifica del possesso dei requisiti minimi a pena di esclusione <dando conto nel verbale delle motivazioni in merito sia alla non idoneità/ non conformità a quanto richiesto>”*.

Conseguentemente, non avendo le parti intime – a ben vedere – dimostrato neanche l'effettiva esistenza del supposto nuovo provvedimento di cui hanno eccepito la mancata impugnazione, del tutto condivisibilmente il primo giudice ha disatteso l'eccezione *de qua*.

9. Passando all'esame del merito, neanche il secondo mezzo di gravame risulta fondato, dovendosi preliminarmente individuare i limiti della sindacabilità degli atti di gara da parte del giudice amministrativo, anche nell'ottica di un esame complessivo delle doglianze dedotte sul punto dall'appellante con il secondo motivo di appello.

Le operazioni che la stazione appaltante svolge per verificare che l'offerta sia, oltre che congrua e rispettosa della *lex specialis*, anche adeguata e concretamente eseguibile, sono caratterizzate da ampi margini di discrezionalità tecnica, secondo una valutazione globale e sintetica, sindacabile in sede giurisdizionale solo di fronte a macroscopici profili di illegittimità, restando in ogni caso precluso al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esecuzione di tali attività (Consiglio di Stato, Sezione V, 3 maggio 2022, n. 3453; 28 febbraio 2022, n. 1412; 4 agosto 2021, n. 5754; 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; 30 novembre 2020, n. 7554; 23 novembre 2020, n. 7255; 2 ottobre 2020, n. 5777; 17 giugno 2019, n. 4050).

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

L'ambito del sindacato del giudice, pur essendo pieno, trova precisi limiti, in base a costante giurisprudenza, secondo cui:

“a) la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che essa sia affetta da manifesta illogicità (manifesta illogicità che, nella vicenda qui all'esame, non si ravvisa in alcun modo);

b) il controllo del giudice è pieno, ossia tale da garantire piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte; è vero che egli non può agire al posto dell'amministrazione ma può sicuramente censurare la scelta chiaramente inattendibile, frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e annullare il provvedimento basato su di essa;

c) lo schema del ragionamento che il giudice è chiamato a svolgere sulle valutazioni tecniche può essere così descritto:

c1) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

c2) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo;

d) se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre aggiungere che l'accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate;

e) scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa; se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato;

f) in conclusione sul punto, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo; dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potersi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato (tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 20 dicembre 2022, n. 11091) (ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, 24 agosto 2023, n. 7931).

10. All'interno del perimetro così definito per individuare il margine di valutazione della legittimità degli atti impugnati attribuito al g.a., osserva la Sezione che con il primo mezzo l'appellante contesta che l'offerta di Arthrex fosse da escludere perché ritenuta non conforme alla *lex specialis*.

L'appellante sostiene che il Tar avrebbe erroneamente deciso, in contrasto con i principi e le disposizioni in materia, che non è possibile per il giudice amministrativo applicare nella fattispecie il giudizio di equivalenza, in quanto contrastante con le previsioni delle regole di gara vertenti su requisiti minimi obbligatori (cfr. capi da 12 a 12.4. della sentenza), né aderire all'orientamento del Consiglio di Stato che ha valorizzato il principio di equivalenza sostanziale di tipo funzionale (capo 12.5. della sentenza), atteso che nella vicenda in esame si è in presenza di requisiti non funzionali ma strutturali (capo 12.5.1 della sentenza), e considerato che la Commissione non ha esplicitato alcuna motivazione in merito alla equivalenza del prodotto offerto da Arthrex Italia (capo 12.5.2 della sentenza).

11. In questo quadro di riferimento, per concludere che l'offerta di Arthrex sia difforme rispetto alle specifiche tecniche poste dal Capitolato di gara, è corretto metodologicamente il percorso argomentativo del Tar, che muove in prima battuta dall'analisi della *lex specialis*, facendo leva sulla lettura delle norme di gara come segue: “L'art. 3 del capitolato recita: “I requisiti minimi ed indispensabili per ogni singolo prodotto, richiesti a pena di esclusione, sono dettagliatamente indicati nell'Allegato 1: Lotti e fabbisogni. Non saranno prese in considerazione le offerte che non rispettino le caratteristiche minime riportate nell'Allegato 1”. E nell'allegato 1 in riferimento al lotto 89 si descrive letteralmente quale specifica tecnica il “sistema di cerchiaggio costituito da cavo in polimero sintetico radiotrasparente di polietilene ad altissimo peso molecolare (UHMWPE) in fili intrecciati su un nucleo di nylon e dispositivo di bloccaggio in titanio”. Detta descrizione del dispositivo medico individua quindi i requisiti minimi indispensabili che devono essere posseduti dal prodotto offerto”.

In base a questo primo rilievo, risulta, dunque, acclarato - e la stessa appellante non muove contestazioni al riguardo, senza che possa

ragionevolmente sostenersi che il Tar abbia sconfinato nel terreno della discrezionalità amministrativa o tecnica - che l'offerta dell'aggiudicataria non fosse conforme alle regole capitolari con riguardo ad uno specifico requisito dei prodotti offerti stabilito a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

Di conseguenza, la stazione appaltante non avrebbe potuto ammettere l'operatore economico alle successive fasi della procedura.

In applicazione del principio dell'autovincolo (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione III, 25 luglio 2023, n. 7293) con riguardo ad una regola di gara – peraltro non impugnata incidentalmente dell'aggiudicataria e rispetto alla quale il Tar ha valutato correttamente “*l'insuperabilità della valutazione di indispensabilità fatta a monte dalla stazione appaltante, ovvero nel fatto che le prescrizioni minime stabilite nella lex specialis vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (cfr. C.d.S., Sez. V, 05 marzo 2020 n. 1604)*” - non sarebbe stato consentito alla stazione appaltante di non rispettare la disciplina che essa stessa si era data, non potendo in questa sede il *favor participationis* (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n.10932) fare premio sulla *par condicio*.

La giurisprudenza ha individuato il punto di caduta della conciliazione della dialettica tra i due principi anche con la possibilità di chiedere chiarimenti all'offerente, stabilendo che sussiste sempre l'eventuale possibilità (non ricorrente quando lo stesso operatore economico dichiara l'equivalenza del prodotto offerto, cfr. allegato n. 5 di Arthrex in atti) “*di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487)*” (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n. 10931).

12. Al riguardo, la fattispecie in questione deve essere calata nei canoni ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo cui, se è vero che la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un *aliud pro alio* idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione anche in assenza di una espressa comminatoria in tal senso (fattispecie che non si registra nel presente caso, avendo la regola capitolare previsto l'espulsione), tuttavia questo rigido automatismo opera nel solo caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie, e quindi laddove la disciplina di gara preveda qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime.

Viceversa, soltanto laddove residui un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole (escludenti) del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 14 maggio 2020, n. 3084).

Nella fattispecie all'esame della Sezione, attesa la chiara natura espulsiva della clausola che imponeva, a pena di esclusione, l'offerta di un prodotto con un sistema di cerchiaggio avente le caratteristiche indicate e con il dispositivo di fissaggio in titanio, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere all'esclusione della Arthrex, non avendo la stazione appaltante esplicitato le ragioni di tale richiesta.

13. Da questo punto di vista, la sentenza impugnata risulta immune dei vizi denunciati.

Il primo giudice ha correttamente accertato che *“per stessa ammissione dell'aggiudicataria il proprio dispositivo medico non possiede il nucleo di nylon né il*

dispositivo di bloccaggio in titanio, ma un differente sistema di cerchiaggio il "FiberTape Cerclage" costituito da fili di polietilene ad altissima resistenza e ad altissimo peso molecolare, (UHMWPE) non riassorbibile e radiotrasparente, che offrirebbe una compressione e un carico massimo superiore rispetto ai fili metallici, nonché una maggiore maneggevolezza d'uso", e che "il sistema di bloccaggio è costituito da un nodo precaricato industrialmente che secondo l'aggiudicataria sarebbe equivalente alle caratteristiche tecniche e di resistenza ascrivibili ad un sistema di bloccaggio in titanio".

Il Tribunale territoriale, poi, richiama la giurisprudenza in materia e condivisibilmente ha stabilito che *"il principio di equivalenza trova il proprio ambito di applicazione di elezione nell'ambito delle specifiche tecniche, ovvero quelle caratteristiche del prodotto che possono essere rispettate mediante l'offerta di prodotti non identici ma simili, purché soddisfino la finalità specifica richiesta", ritenendo che "sia il nucleo in nylon che il dispositivo di bloccaggio in titanio non potrebbero essere sostituiti da dispositivi asseritamente equivalenti, se non a rischio di configurare un vero e proprio aliud pro alio, ovvero un prodotto differente che non potrebbe soddisfare le esigenze dichiaratamente ritenute inderogabili dalla stazione appaltante allorchè ha prescelto di individuare dette caratteristiche stringenti preservandone l'osservanza a pena di esclusione".*

14. Ritiene la Sezione che il motivo di appello in esame non possa trovare accoglimento neppure sotto il profilo dell'analisi dell'indirizzo giurisprudenziale, richiamato da Arthrex, secondo cui nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso, cioè, che le offerte sono ritenute rispettose della *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell'affidamento (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

Osserva il Collegio in linea generale che tale principio, in connessione con il rilievo di buon senso per cui la verifica del rispetto delle caratteristiche tecniche minime richieste dalla *lex specialis*, costituisce l'esito di un vaglio strettamente documentale, condotto dalla Commissione anche implicitamente

(cfr. Consiglio di Stato, sezione III, 9 giugno 2022, n. 4721) sulla base del proprio apprezzamento, da considerare di per sé astrattamente insuscettibile di revisione nella sede giurisdizionale in mancanza di chiari rilievi di illogicità ed incongruità manifesta, secondo i comuni principi in materia, porta a concludere che ciò che conta è che dall'offerta tecnica complessivamente considerata emerga il rispetto delle previsioni in questione secondo un non irragionevole apprezzamento, dovendo escludersi a tal riguardo che possa avere un'incidenza determinante la *sedes* da cui ciò si trae nell'ambito dell'offerta tecnica (ossia se, come nel caso di specie, la conformità alle regole capitolari del prodotto offerto sia evincibile dalla dichiarazione dell'aggiudicataria, come ritenuto implicitamente dal seggio di gara con l'ammissione dell'operatore economico).

Nel caso di specie, peraltro, la stessa appellante, senza impugnare la regola del bando che prevedeva l'offerta di prodotti con specifiche caratteristiche a pena di esclusione, ha presentato in gara una dichiarazione, da cui si ricaverebbe la sostanziale equipollenza alla *lex specialis* dei materiali offerti, pur mancando in essi i requisiti indicati dalla clausola espulsiva.

Purtuttavia, nell'ambito proprio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo, si deve escludere nella fattispecie sia stato dimostrato in modo ragionevolmente attendibile che i materiali offerti garantissero prestazioni uguali, se non migliorative, di quelle previste dal Capitolato tecnico, proprio in virtù della valutazione fatta a monte dalla stazione appaltante sui requisiti dei prodotti, che vengono richiesti esattamente con quelle caratteristiche, che la *lex specialis* stabilisce, non a caso, a pena di esclusione (sull'obbligo per la stazione appaltante di attenersi alle regole che si è data, Consiglio di Stato, Sezione III, 30 settembre 2022, n. 8432, Sezione VII, 5 luglio 2023, n.6581, Sezione II, 3 luglio 2023, n. 6476, Sezione VII, 14 giugno 2023, n. 5839, Sezione V, 13 aprile 2022, n. 2784).

Nell'economia complessiva delle questioni trattate in giudizio, non deve essere trascurato che il principio di equivalenza è stato introdotto nel sistema dal

legislatore europeo (*ex* articolo 42, par. 6, della direttiva 2014/24/UE) al chiaro fine di evitare che le “*specifiche tecniche*” fossero utilizzate dalle stazioni appaltanti in modo restrittivo della concorrenza, richiedendo caratteristiche tecniche dei prodotti, se non addirittura riconducibili solo a specifici produttori o processi di produzione, idonee a limitare fortemente la platea degli operatori economici in possesso delle capacità tecniche che consentissero loro di partecipare alla procedura di affidamento.

Ne consegue la distinzione operata dalla giurisprudenza tra le “*specifiche tecniche*”, rispetto alle quali il principio di equivalenza è sempre applicabile, e i “*requisiti minimi obbligatori*”, che possono essere richiesti a pena di esclusione in quanto esprimono la definizione *a priori* dei bisogni dell’Amministrazione, e quindi hanno l’effetto di perimetrare a monte i tipi di prestazioni che sono state considerate idonee a soddisfare tali bisogni.

Va aggiunto che la giurisprudenza della Sezione ha ritenuto il principio di equivalenza estensibile anche ai requisiti minimi qualificati come obbligatori dalla disciplina di gara, ma ciò ha fatto – come riconosciuto dal primo giudice e non contestato dalle parti – sulla scorta di un approccio “funzionale”, ossia con riferimento a fattispecie in cui dalla stessa *lex specialis* (al di là di alcuni casi in cui era già quest’ultima a richiamare l’applicabilità del principio *de quo* anche ai requisiti tecnici minimi) emergeva che determinate caratteristiche tecniche erano richieste al fine di assicurare all’Amministrazione il perseguimento di determinate finalità, e dunque poteva ammettersi la prova che queste ultime fossero soddisfatte anche attraverso prodotti o prestazioni aventi caratteristiche tecniche differenti da quelle richieste (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 settembre 2023, n. 8189).

In tali ultimi casi, l’estensione in via giurisprudenziale dell’ambito di applicazione del principio di equivalenza, ancorché in sé e per sé non confliggente con il diritto europeo, trova fondamento – a ben vedere – non già nelle esigenze pro-concorrenziali perseguite dal citato articolo 42, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, ma nel più generale principio del *favor*

participationis (e, difatti, come già rilevato, trova il limite del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, che si verificherebbe laddove fosse consentito a un concorrente di offrire *aliud pro alio*).

Le considerazioni che precedono devono essere valutate con l'avvertenza che, nella giurisprudenza da ultimo citata, la distinzione – richiamata dal primo giudice nella sentenza qui appellata – tra requisiti tecnici minimi “*strutturali*” (a cui il principio *de quo* non sarebbe mai applicabile) e “*funzionali*” (per i quali varrebbe quanto sopra detto *sub c*) è molto sfumata e opinabile, essendo stato adottato l'approccio “funzionale” finanche per ammettere la possibilità di offrire prodotti di materiale diverso da quello richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis* (come nelle fattispecie esaminate in Consiglio di Stato, sez. III, 6 dicembre 2023, n. 10536, e 25 novembre 2020, n. 7404).

Pertanto, deve concludersi che la qualificazione in termini “*strutturali*” o “*funzionali*” di un requisito minimo prescritto dalla legge di gara non dipende dalla natura del requisito in sé considerata (per esempio previsione della composizione del prodotto in uno specifico materiale), bensì dall'esistenza o meno nella *lex specialis* dell'esplicitazione delle finalità e dei bisogni dell'Amministrazione che la previsione di una determinata caratteristica tecnica è destinata a soddisfare (e queste vi erano nelle fattispecie esaminate dalle richiamate sentenze n. 10536/2023 e n. 7404/2020).

È appena il caso di aggiungere che sul punto non è dato trarre argomenti ermeneutici utili neanche dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, il quale si limita a riprodurre il testo del previgente articolo 68 decreto legislativo n. 50/2016 nell'allegato II.5, e quindi in un testo destinato ad assumere rango regolamentare, con ciò mostrando di non aver tenuto conto degli approdi giurisprudenziali sopra richiamati (un principio di equivalenza di portata “espansiva” come quella sopra evidenziata avrebbe forse richiesto una disposizione primaria) e di aver – forse – voluto ribadire la circoscrizione della portata del principio in questione alla sola sfera delle “*specifiche tecniche*” (in senso stretto).

Nella prospettiva così delineata, l'offerta dell'appellante non poteva essere ammessa, atteso che risulta incontestato che nel caso di specie il prodotto offerto dalla società difettasse (non di una, ma) di due caratteristiche tecniche richieste dalla *lex specialis*, ossia il nucleo in *nylon* e il dispositivo di bloccaggio in titanio, e che la stessa *lex specialis*, contrariamente a quanto parte appellante sembra sostenere, configurava i requisiti in questione in termini meramente "strutturali", senza quindi lasciare alcuno spazio per un approccio "funzionale" (nel senso sopra chiarito).

15. In questo senso e nel quadro ricostruito non possono essere accolte le istanze, con cui l'appellante chiede in via istruttoria che sia disposta una verifica e in ogni caso che sia rimessa la questione all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato.

Sotto il primo profilo, non sussistono esigenze per chiedere ad un tecnico di verificare la rispondenza del prodotto Arthrex con le regole capitolari, data la chiarezza della *lex specialis* e la dichiarazione della stessa Arthrex.

Né appare convincente il rilievo dell'asserito contrasto giurisprudenziale in materia di applicazione dell'articolo 68 del decreto legislativo n. 50/2016, considerato che solo apparentemente i precedenti citati sono confliggenti, poiché, a ben vedere, essi si integrano e si completano reciprocamente, a seconda che vengano in rilievo profili di difformità strutturale, come in questo caso, o funzionale del prodotto offerto con le regole della gara.

16. In base a tutte le considerazioni che precedono, in conclusione, l'appello non può trovare accoglimento, precisandosi che la presente decisione è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla

giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209, 13 settembre 2022, n. 7949, e 18 luglio 2016, n. 3176).

17. La particolarità della vicenda contenziosa e le questioni trattate consentono al Collegio di disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso (n.r.g. 1030 2024), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Di Raimondo

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO