

APPALTI - LEGGE DI GARA - AUTOVINCOLO - PUNTEGGIO PREMIALE - PRINCIPIO DI FAVOR PARTECIPATIONIS - PAR CONDICIO - DISAPPLICAZIONE LEGGE DI GARA - NON AMMESSA

In applicazione del principio dell'autovincolo con riguardo ad una regola di gara - che prevede un punteggio premiale e rispetto alla quale le prescrizioni stabilite nella *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela - non è consentito alla stazione appaltante di non rispettare la disciplina che essa stessa si è data, non potendo in questa sede il *favor participationis* fare premio sulla *par condicio* nell'attribuzione dei punteggi premiali.

Consiglio di Stato, sez. III sentenza n. 5455 del 2024

Publicato il 18/06/2024

N. 05455/2024REG.PROV.COLL.

N. 01716/2024 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 1716 del 2024, proposto dalla [REDACTED], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED], con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato [REDACTED] in Roma, [REDACTED] e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per **l'Abruzzo-Pescara**, Sezione I, [REDACTED] resa tra le parti, notificata il 30 gennaio 2024 e concernente la procedura ad evidenza pubblica per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di letti di degenza e arredi vari;

Visto il ricorso in appello e relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione della [REDACTED] e della [REDACTED]

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2024 il consigliere Luca Di Raimondo e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte nel presente giudizio sulla legittimità dell'attribuzione all'offerta della [REDACTED] (di seguito anche [REDACTED] dei punteggi premiali nella "*Procedura ad evidenza pubblica*

ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, volta alla conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del D.Lgs. 50/2016, per la fornitura di letti degenza e arredi vari suddivisa in n. 5 lotti, ad aggiudicazioni distinte e separate, per le esigenze delle UU.OO. della ██████████. Aggiudicazione”, indetta dalla Azienda Sanitaria Locale ASL di ██████████ (di seguito anche “ASL”) con delibera del Direttore Generale n.79 del 24 gennaio 2022 n. 1038 del 29 giugno 2023 e da aggiudicarsi all’offerta economicamente più vantaggiosa, con l’attribuzione di massimo ottanta punti all’offerta tecnica (qualità dei beni e servizi indicati) e massimo venti punti all’offerta economica (massimo ribasso rispetto al prezzo posto a base d’asta).

Al lotto in questione hanno partecipato la ██████████, la ██████████ la ██████████

All’esito della valutazione delle offerte tecniche, la ██████████ ha conseguito 73, 20 punti (riparametrati in punti 80,00) mentre la Malvestio 72, 250 punti (riparametrati in punti 79,62), con uno scarto tra le due imprese di soli 0,38 punti.

Dopo l’apertura delle offerte economiche, nella graduatoria finale la Malvestio, per quel che qui interessa, si è collocata al primo posto, avendo ottenuto complessivamente 99,62 punti e la ██████████ al secondo posto con 98,01 punti, con una differenza tra le due di 1,61 punti.

Dinanzi al Tar ██████████ la ██████████ (di seguito anche “HR”) ha impugnato, previa istanza cautelare, gli atti della procedura ritenuti lesivi e, segnatamente, la deliberazione del direttoriale della ASL n. 1038 del 29.06.2023, limitatamente alla parte in cui è stata disposta l’aggiudicazione del lotto 4, avente ad oggetto la fornitura di quaranta letti per terapia intensiva, in favore della controinteressata ██████████.

2. Il Tribunale territoriale ha:

- accolto la domanda cautelare con ordinanza 16 ottobre 2023, n. 131, confermata dalla Sezione con ordinanza 11 dicembre 2023, n. 4956 e;

- accolto il ricorso con sentenza 24 gennaio 2024, n. 22, impugnata in questa sede, ritenendo, in sostanza, che, seppure nel ristretto ambito del sindacato di legittimità riservato al giudice amministrativo in ordine ad atti dotati di ampia discrezionalità, la stazione appaltante avesse erroneamente provveduto all'attribuzione all'aggiudicataria dei punteggi previsti dalla *lex specialis* con riguardo ad alcuni singoli criteri.

Con appello notificato il 22 febbraio 2024 e depositato il 19 febbraio successivo, la ASL ■■■ ha impugnato, chiedendone la riforma previa istanza cautelare, la decisione indicata, con cui Tar Pescara ha accolto il ricorso della ■■■ proposto per l'annullamento:

“a) della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Pubblicità il 24/01/2024 00022 2024 Pescara n. 1038 del 29.06.2023 avente ad oggetto “Procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, volta alla conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del D.Lgs. 50/2016, per la fornitura di letti degenza e arredi vari suddivisa in n. 5 lotti, ad aggiudicazioni distinte e separate, per le esigenze delle UU.OO. della ASL di ■■■. Aggiudicazione”, comunicata con nota prot. n. 56193/2023 del 3.07.2023;

b) di tutti i verbali di gara e segnatamente:

- del verbale della seduta di gara del 13.06.2023;*
- del verbale della seduta di gara del 07.06.2023;*
- del verbale della seduta di gara del 22.05.2023 e dell'allegato 17;*
- del verbale della seduta di gara del 17.05.2022;*
- del verbale della seduta di gara del 13.05.2022;*
- del verbale della seduta di gara del 03.05.2022;*

c) per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, dei chiarimenti resi dalla Stazione appaltante relativi al Lotto 4;

d) per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, del Disciplinare di gara e del Capitolato tecnico, limitatamente al Lotto 4, nonché del Disciplinare telematico;

e) di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale.

QUINDI PER LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEI CONTRATTI OVE MEDIO TEMPORE STIPULATI NONCHÉ PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI PATITI E PATIENDI DERIVANTI DALLE ILLEGITTIME CONDOTTE DELL'AMMINISTRAZIONE”.

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

“Violazione di legge ed eccesso di potere – error in iudicando.- violazione e falsa applicazione della norma di cui all’art. 68 D.l.gv. n° 50/2016 – violazione della lex concursualis.”:

secondo la ASL, la sentenza sarebbe erronea, in sintesi, poiché il Tar avrebbe arbitrariamente sostituito le proprie valutazioni a quelle espresse dal seggio di gara, così impingendo nel merito dell’attività discrezionale, sindacabile giudizialmente soltanto in presenza di evidenti e macroscopici vizi di travisamento dei fatti, contraddittorietà o inadeguatezza della motivazione, con particolare riguardo a:

i) la caratteristica generale *“Sistemi di sicurezza e Comfort paziente/operatore”* in relazione, più in concreto, alle modalità di discesa dal letto *“lato piedi frontale”*, ritenuta erroneamente quale requisito di minima previsto delle regole capitolari, senza che il Tar avesse fatto corretta applicazione del principio di equivalenza, soprattutto alla luce della prova pratica effettuata dalla Commissione con il supporto di specialisti del servizio di ingegneria clinica e di quella sanitaria rappresentata da dirigenti medici della ASL, al fine di verificare la rispondenza del prodotto offerto a quanto richiesto dalla stazione appaltante;

ii) al criterio *“Accessori in dotazione”*, rispetto al quale il primo giudice ha ritenuto che quelli offerti dalla Malvestio meritassero un punteggio inferiore rispetto a quello conseguito.

4. ■■■ si è costituita in giudizio con atto depositato il 4 marzo 2024 ed ha prodotto memoria difensiva il 22 marzo 2024 in vista della camera di consiglio.

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

6. ■■■■ si è costituita con memoria depositata il 6 marzo 2024, con la quale ha chiesto l'accoglimento dell'appello e della domanda di sospensiva, senza spiegare appello incidentale autonomo.

7. Con ordinanza cautelare n. 1160/2024, la Sezione ha accolto l'istanza interinale, rinviando alla fase di merito l'esame delle articolate doglianze dedotte dall'appellante e considerando che *“il contratto per l'esecuzione della fornitura non è stato ancora sottoscritto, e, dunque, che, sotto il profilo del periculum, sia preferibile conservare la res adhuc integra fino alla decisione di merito, ritenendosi prevalente l'interesse pubblico a non procedere ad un avvicendamento nell'esecuzione della fornitura, fatte salve le ulteriori determinazioni della stazione appaltante conseguenti all'esecuzione dell'impugnata sentenza”*.

8. La ASL ha depositato memoria ex articolo 73 c.p.a. il 22 maggio 2024; le altre parti del giudizio hanno prodotto memorie il 27 maggio 2024, alle quali ha replicato ■■■ con memoria del 31 maggio 2024.

All'udienza del 13 giugno 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Deve in primo luogo essere disattesa l'eccezione preliminare sollevata dalla ■■■, secondo cui l'appello sarebbe inammissibile perché non avente ad oggetto specifiche statuizioni della decisione impugnata, ma risolvendosi nella mera riproposizione delle argomentazioni svolte in prime cure.

Ritiene al riguardo il Collegio che il gravame contesti puntualmente, invece, singoli capi della sentenza ritenuti erronei, in relazione a specifiche censure dedotte nel rispetto del principio devolutivo.

10. Nel merito, l'appello non può trovare accoglimento.

Limitato l'esame della Sezione alle sole doglianze dedotte dall'appellante e non esteso alle questioni in questa sede poste dalla controinteressata che non ha impugnato in via incidentale la sentenza di primo grado, il punto centrale della controversia attiene alla contestata valutazione da parte del Tar delle risultanze documentali, dalle quali il primo giudice ha ricavato il convincimento che la stazione appaltante avesse erroneamente attribuito i punteggi alle offerte tecniche dei primi due operatori economici partecipanti al lotto per cui si controverte.

11. Occorre preliminarmente osservare che il paragrafo 4.36 del Capitolato tecnico (documento n. 11 del fascicolo di parte ricorrente in primo grado), recante *Criteri di valutazione letti terapia intensiva lotto 4*, con riguardo alla caratteristica generale "*Sistemi di sicurezza e confort paziente-operatore*" prevede una sua declinazione nella caratteristica particolare "*Ripristino posizione orizzontale da qualsiasi posizione e posizione sedia totale con discesa paziente lato piedi*", alla quale sono attribuibili massimo 4 punti.

Non si tratta, come osservato, di un requisito di partecipazione, ma di un criterio di attribuzione di un punteggio (premiale), come ben posto in evidenza dal Tar.

La disposizione in esame, non impugnata, si presenta dunque coerente con l'impianto complessivo della gara, considerato che la stazione appaltante - pur essendo vincolata all'applicazione del principio di *favor participationis*, che tutela la libera concorrenza alle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'introduzione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n. 10932) - ben può adottare regole di gara che, nell'esercizio dell'ampia discrezionalità in materia, possano garantire il perseguimento dell'obiettivo di fornire, come nel caso in esame, dispositivi che, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara, siano meglio rispondenti alle esigenze della stazione appaltante di offrire al paziente il massimo del livello di *confort* complessivo, apprezzabile da parte della

Commissione giudicatrice sotto il profilo del punteggio premiale (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).

Ritiene il Collegio che il primo giudice abbia fatto corretta applicazione delle disposizioni in materia alla luce delle coordinate ermeneutiche elaborate dalla giurisprudenza, pur tenendo conto che l'ambito del sindacato del giudice, pur essendo pieno, trova i seguenti precisi limiti:

“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).

Individuato così il perimetro entro cui è consentito al giudice amministrativo il sindacato sulle censure attinenti all'applicazione dei criteri per la valutazione delle offerte ed alla conseguente attribuzione dei punteggi, ritiene la Sezione che nel caso in esame non emergano in rilievo i profili di illegittimità dedotti dall'appellante in ordine alla procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa *de qua*.

Dall'esame degli atti di gara emerge che la stazione appaltante non ha applicato regolarmente i criteri di cui al ricorso introduttivo del presente giudizio, rispetto al quale appare ragionevole - nell'ambito della lata discrezionalità amministrativa di cui gode il committente pubblico e nei limiti in cui tale scelta è sindacabile dal g.a.

– la decisione di premiare con il sistema tabellare le offerte degli operatori economici, che fossero migliorative rispetto ai requisiti di minima imposti, potendosi, così, garantire il rispetto del principio di cui all'articolo 32 della Costituzione ed il raggiungimento del fine di erogare cure adeguate, garantendo il maggior *confort* possibile ai pazienti.

In ordine ai criteri di valutazione delle offerte da parte della P.A., la giurisprudenza ha stabilito che si tratta di “*espressione dell’ampia discrezionalità attribuitale dalla legge per meglio perseguire l’interesse pubblico, e, come tale, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (Cons. Stato, V, 30 aprile 2018, n. 2602; III, 2 maggio 2016, n. 1661; V, 18 giugno 2015, n. 3105)*”, considerato che “*che la causa della gara pubblica consiste nell’approvvigionare, mediante il più conveniente dei possibili contratti, l’amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nell’interesse generale, e non nel mero mettere a disposizione delle imprese interessate un’occasione di lavoro da modulare sulle loro preferenze organizzative (Cons. Stato, V, 27 ottobre 2022, n. 9249; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022, n. 1486; 20 aprile 2020, n. 2486).*” (Consiglio di Stato, Sezione V, 20 luglio 2023, n. 7111).

Il Tar ha condivisibilmente rilevato con riguardo al profilo in questione che la stazione appaltante non ha adeguatamente motivato l’attribuzione del medesimo punteggio (3,6, riparametrato, 4) ai due primi operatori economici in graduatoria, atteso che è stato accertato che l’aggiudicataria non aveva offerto un prodotto avente la caratteristica *posizione sedia totale con discesa paziente lato piedi*, cui la *lex specialis* consentiva l’attribuzione di un punteggio premiale, proprio per consentire un uso più agevole del letto.

Né, da questo punto di vista, risulta decisiva la contestazione mossa dalla ASL con il primo mezzo di gravame, secondo cui l’uscita paziente *lato piedi laterale*, garantita dall’offerta Malvestio, sarebbe sostanzialmente equiparabile, come verificato dalla

Commissione di gara in sede di controllo del modello offerto in applicazione del principio di equivalenza (cfr. il verbale n. 4 sia per ██████████ che per ██████████ rispettivamente alle date 14 marzo 2023 e 21 marzo 2023), all'uscita paziente *lato piedi frontale*.

Vero è che la richiesta di minima del Capitolato era quella di garantire una corretta modalità di discesa, ma a questo dato va aggiunto che la stazione appaltante, secondo una propria valutazione insindacabile, ha espresso la preferenza per una più confortevole uscita del paziente dai piedi del letto, alla quale era attribuibile un conseguente punteggio premiale unitamente alla caratteristica di assicurare *il Ripristino posizione orizzontale da qualsiasi posizione*.

Anche dall'esame della documentazione fotografica versata in atti si apprezza la differenza tra le due offerte per l'aspetto qui in rilievo, poiché per la stessa conformazione dei letti ospedalieri l'uscita lato piedi può essere esclusivamente frontale e dal momento che, diversamente opinando, si tratterebbe di un'ordinaria uscita laterale dalla sezione gambe del letto e tenendo ben presente che l'utente ricoverato in terapia intensiva, e dunque ragionevolmente in condizioni di non ottimale mobilità, può più agevolmente scendere dal letto dalla sua parte finale.

12. Sul punto il Tar ha correttamente stabilito che *“il punteggio massimo avrebbe dovuto essere assegnato solo al dispositivo rispondente ad entrambi i sub criteri premiali richiesti”* relativi alla *posizione sedia totale con discesa paziente dal lato piede* e alla *presenza unico comando e modalità di discesa* e che *“mentre entrambi i letti offerti dalle concorrenti presentano l'ulteriore requisito previsto nel criterio in questione (comando unico per ripristino posizione orizzontale), risulta per tabulas dall'analisi documentale dell'offerta tecnica delle partecipanti, che il letto offerto dalla controinteressata non presenta la miglioria richiesta consistente nell'uscita pazienti lato piedi.”*

L'appellante non contesta la carenza della caratteristica in esame nel proprio dispositivo, ma ritiene che possa ritenersi equivalente a quello indicato e,

comunque, che la decurtazione del punteggio dovesse tener conto che i quattro punti sono attribuibili all'offerta che comprendesse tutte e due le caratteristiche (*Ripristino posizione orizzontale da qualsiasi posizione e posizione sedia totale con discesa paziente dal lato piedi*), con ciò diventando impossibile procedere ad una riduzione in proporzione.

Il primo giudice ha correttamente stabilito, senza operare uno scomputo relativo del punteggio, che dalla diversità dei prodotti offerti nei termini appena descritti “*consegue, pertanto, che la ricorrente e la controinteressata non potevano conseguire il medesimo punteggio, risultando oggettivamente superiore, sotto il profilo qualitativo richiesto dalla legge di gara, il letto offerto dalla ricorrente*”.

In questa prospettiva, la decisione impugnata è immune dei vizi denunciati perché il Tribunale non si è sostituito all'Amministrazione nelle scelte discrezionali solo ad essa ha attribuite nell'assegnazione del punteggio per l'offerta tecnica, lasciando salvo, in sede di riedizione del potere, ogni ulteriore atto che la ASL dovrà adottare in applicazione del principio conformativo al *dictum* giudiziale.

In altre parole, al fine di concludere l'*iter* amministrativo dal punto in cui è stato interrotto per l'effetto dell'accoglimento del ricorso di primo grado, la stazione appaltante dovrà applicare i principi contenuti nella presente decisione, stabilendo, con motivazione adeguatamente motivata, in quale misura debba essere attribuito il punteggio contestato dalla società controinteressata, valutando in concreto l'incidenza delle voci relative ai singoli sub-criteri.

13. D'altra parte, in applicazione del principio dell'autovincolo (tra le tante, Consiglio di Stato, Sezione III, 25 luglio 2023, n. 7293) con riguardo ad una regola di gara - che prevede un punteggio premiale e rispetto alla quale le prescrizioni stabilite nella *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità nella loro concreta attuazione, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando

nell'esercizio del potere di autotutela (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 5 marzo 2020 n. 1604) - non sarebbe stato consentito alla stazione appaltante di non rispettare la disciplina che essa stessa si era data, non potendo in questa sede il *favor participationis* (Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2022, n.10932) fare premio sulla *par condicio* nell'attribuzione dei punteggi premiali (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).

In questa prospettiva, resiste alle critiche dell'appellante la sentenza impugnata, laddove il primo giudice ha escluso che *“l'uscita del paziente “lato piedi frontale” e l'uscita “lato piedi laterale” siano equivalenti atteso che la legge di gara, alla quale l'Amministrazione si è autovincolata, ha fissato espressamente quale sub criterio valutativo premiale soltanto l'uscita lato piedi e non quella laterale.”*

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

Di fronte ad un'offerta chiara che, pur rispondendo ad un requisito di minima, non presentava elementi migliorativi, la stazione appaltante non aveva la necessità di chiedere chiarimenti all'offerente.

14. La sentenza merita integrale riforma anche con riguardo alle censure articolate dall'appellante con riguardo alle statuizioni sull'attribuzione del punteggio:

- per la caratteristica generale *Caratteristiche costruttive della struttura del letto e del piano rete, estetica e funzionalità*”, rispetto alla quale la caratteristica particolare *Tipologia di struttura del letto, materiale di costruzione del telaio e del Piano Rete, presenza di materasso antidecubito ad aria con basculamento* consentiva l'attribuzione di massimo sei punti (cfr. paragrafo 4.36 del Capitolato tecnico in atti); per tale voce le società in causa hanno ottenuto entrambe punti 5,6 (riparametrati 6), nonostante l'offerta della Malvestio indicasse un prodotto privo del materasso antidecubito ad aria con basculamento;
- per il criterio premiale *Carico del letto - Caratteristica particolare Facilità di spostamento con superamento della forza inerziale di spinta e traino con sistema integrato elettrico per il trasporto intraospedaliero*; per tale voce la controinteressata ha ottenuto punti 4,8 sui 6 massimi attribuibili, benché avesse indicato un letto che, come osserva il primo giudice, “*contrariamente a quanto espressamente previsto dalla lex specialis, non risulta dotato di alcun sistema elettrico di spostamento per superare la forza inerziale*”;
- per il criterio “*Accessori in dotazione*” - Caratteristiche particolari: “*Accessori richiesti-terapie respiratorie integrate, cessione d'aria. Sostituzione cover per infection control in forma gratuita per almeno due anni*”; per tale voce – osserva correttamente il Tar - “*la commissione ha valutato le offerte considerando aspetti (ad es. letto muletto) che avrebbero dovuti essere oggetto di valutazione sulla base del diverso criterio “garanzia ed assistenza tecnica” e non ha tenuto in debito conto del maggior numero e della qualità degli accessori offerti dalla ricorrente*”, senza considerare che “*il materasso offerto dalla controinteressata non garantisce la “cessione d'aria”, indicato nel capitolato quale sub criterio di valutazione, trattandosi di un*

materasso “ad aria” che presenta sotto il profilo qualitativo caratteristiche tecniche diverse ed inferiori rispetto a quelle richieste dalla lex specialis.”

Non è fondata sul punto la censura, che corre lungo tutto l’impianto dell’appello e viene qui declinata ulteriormente, secondo cui la motivazione del Tar sarebbe indice di una sostituzione del giudice alle attività valutative rimesse alla stazione appaltante rispetto agli atti di gara, per come emergono dalle risultanze della procedura.

La mancata quantificazione in sentenza del punteggio attribuibile secondo l’applicazione corretta delle regole capitolari è, al contrario, indice che il primo giudice si è limitato nella sua analisi a rilevare i vizi da cui sono affetti gli atti di gara, senza formulare considerazioni di valutazione tecnica, che sarebbero state di per sé inammissibili perché elaborate in sostituzione dell’Amministrazione.

Anche con riguardo a tale ultimo profilo, l’Amministrazione dovrà ripetere l’attribuzione del punteggio, applicando i principi contenuti nella presente decisione nel rispetto dell’obbligo conformativo stabilendo, con motivazione adeguatamente motivata, in quale misura debba essere assegnato il punteggio contestato dalla società controinteressata, valutando in concreto l’incidenza delle voci relative ai singoli sub-criteri.

15. Né si potrebbe pervenire a diverse conclusioni da quelle raggiunte dal Tar tenendo conto delle argomentazioni di parte appellante che richiama sul punto il principio di equivalenza, considerato che il Tar ha adeguatamente motivato sui punti in questione, senza sconfinare dal perimetro attribuito dalla Legge al g.a nel il giudizio di legittimità.

Nel caso in esame, la stessa controinteressata - senza impugnare in via incidentale la regola del bando che prevedeva che l’offerta di prodotti con specifiche caratteristiche migliorative fosse meritevole di punteggio premiale - non ha presentato in gara una dichiarazione da cui si ricavasse la sostanziale equipollenza

alla *lex specialis* dei materiali offerti, pur mancando in essi i requisiti che le avrebbero consentito di ottenere un punteggio maggiore, ma solo in sede giudiziale ha sostenuto la sostanziale equipollenza dei prodotti offerti a quanto richiesto dalla *lex specialis* (per ottenere un punteggio premiale).

Osserva il Collegio che il principio di equivalenza, rilevante in particolar modo per i requisiti di minima, 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 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*).

Nella fattispecie, il Tribunale territoriale ha condivisibilmente rilevato che “*il criterio di equivalenza del resto, se può trovare ingresso rispetto ai requisiti tecnici essenziali delle offerte, non può invece trovare applicazione rispetto ai criteri di valutazione qualitativa della componente tecnica delle offerte economicamente più vantaggiose.*”

16. Passando all'ultimo profilo di doglianza contenuto nell'appello, ritiene la Sezione che la sostanziale sovrastima dell'offerta dell'aggiudicataria nei termini sopra indicati consente di ritenere superata la prova di resistenza da parte della ricorrente in primo grado, dovendosi ritenere infondata la relativa censura della ASL, atteso che correttamente il Tar sul punto ha stabilito che ■■■ ha “*dimostrato la possibilità di ottenere un punteggio complessivo più alto di quello conseguito dalla controinteressata e, quindi, di poter risultare aggiudicataria del lotto in contestazione*”, risultando le due offerte distanti soltanto punti 1,61.

17. In base a tutte le considerazioni che precedono, in conclusione, l'appello va respinto, fatti salvi i successivi atti da parte dell'Amministrazione in sede di riedizione del potere in applicazione del principio conformativo alla presente decisione, precisandosi che è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato “principio della ragione più liquida”, corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 5 gennaio 2015,

n. 5, nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209, 13 settembre 2022, n. 7949, e 18 luglio 2016, n. 3176).

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso (n.r.g. 1716/2024), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Pescatore, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Di Raimondo

IL PRESIDENTE
Giovanni Pescatore

IL SEGRETARIO