

LA CLAUSOLA DEL BANDO DI GARA CHE INDIVIDUA IL LIVELLO MINIMO DI CAPACITA' TECNICA DELL'IMPRESA OFFERENTE HA NATURA ESCLUDENTE E NON E' NULLA PER ASSERITO CONTRASTO COL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE

TAR Puglia, Lecce, sez. III, 3.8.2023 n. 1013

Massime (segue testo alla pagina seguente)

<< 2.5. Orbene, in applicazione delle suindicate coordinate ermeneutiche, quanto alla censura con la quale la parte ricorrente deduce la nullità della previsione del Capitolato tecnico che ha richiesto una tensione elettrica delle prese comprese tra 12V e 48 V, asserendo che la normativa europea EN 1789:1999 prevede che i mezzi (ambulanze e automediche) devono essere dotati esclusivamente di prese a 12V, con conseguente inattuabilità (e conseguente nullità) della suddetta previsione del Capitolato tecnico, ai sensi dell'art. 83, comma 8 del Codice degli appalti (che prevede che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal codice e dalle altre disposizioni di legge vigenti), deve riconoscersi che tale prescrizione non risulta impugnata tempestivamente (nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione), con conseguente tardività della relativa censura, in quanto la invocata nullità di cui all'art. 83 comma 8 del Decreto Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. non riguarda - notoriamente - i requisiti di idoneità e/o di capacità tecnica-professionale richiesti dalla lex specialis di gara.

Infatti, secondo condivisibile orientamento, la norma contenuta nell'art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016, non ha posto un divieto per la Stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova, al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima, bensì ha regolamentato questo potere. Pertanto, la

clausola del bando di gara che individua il livello minimo di capacità tecnica dell'impresa offerente ha natura escludente e non è nulla per (asserito) contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto stabilito dalla medesima norma (Consiglio Stato Sez. IV, 15/02/2022, n. 1107)>>

Pubblicato il 03/08/2023

N. 01013/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01255/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1255 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da SAGO MEDICA S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Cecinato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

SANTASERVICE ASL LE S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Mastrolia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; A.S.L. di Lecce, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti

ELCAMM S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Di Modugno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del “Verbale n. 3” del 03.10.2022, con cui è stata disposta da SANITASERVICE ASL LE S.r.l. Unipersonale l'esclusione, dalla procedura aperta al prezzo più basso indetta per il noleggio di 24 monitor defibrillatori da destinare alle SEUS 118, della SAGO MEDICA S.r.l. “per aver offerto un prodotto non conforme alle caratteristiche tecniche richieste dal Capitolato in oggetto”;

- del provvedimento di estremi sconosciuti con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara predetta della SAGO MEDICA S.r.l.;

- del verbale prot. SSIH/ 65233 del 28.09.2022, con cui è stata effettuata la verifica di conformità e corrispondenza dei dispositivi offerti alle caratteristiche tecniche del Capitolato speciale d'appalto;

- della nota a firma del R.U.P. prot. n. SSIH/65477 del 31.10.2022 di conferma della disposta esclusione;

- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali;

e per la declaratoria di nullità

- dell'art. 5 del Capitolato Speciale d'Appalto, nella parte in cui prevede che “... Il sistema di aggancio deve consentire anche la ricarica della batteria mediante la rete elettrica del mezzo di soccorso (da 12 a 48Vcc)”;

nonché per l'accertamento e declaratoria

- di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato;

- della spettanza, in favore della ricorrente, dell'aggiudicazione in suo favore e della acquisizione della commessa di cui trattasi, con richiesta di subentro ove l'appalto di cui trattasi sia stato già avviato,

Per quanto riguarda i motivi aggiunti proposti da SAGO MEDICA S.r.l. il 6-11/12/2022:

- della determinazione n. 38 del 14.11.2022 a firma congiunta del R.U.P. e dell'Amministratore Unico p.t., con cui la SANITASERVICE ASL LE S.r.l. ha aggiudicato in favore della ELCAMM S.r.l. la “Procedura aperta ai sensi dell'art. 60 D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per il noleggio di 24 monitor defibrillatori da destinare alle SEUS 118 di SANITASERVICE ASL Lecce” - C.I.G 9309644144;

- dei verbali di gara;

- della relazione prot. SSIH/ 65233 del 28.09.2022, con cui è stata effettuata la verifica di conformità e corrispondenza dei dispositivi offerti alle caratteristiche tecniche del capitolato tecnico d'appalto;

- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali;

nonché, ove occorra,

- del “Verbale n. 3” del 03.10.2022, con cui è stata disposta da SANITASERVICE ASL LE S.r.l. Unipersonale l'esclusione, dalla procedura aperta al prezzo più basso indetta per il noleggio di 24 monitor defibrillatori da destinare alle SEUS 118, della SAGO MEDICA S.r.l. “per aver offerto un prodotto non conforme alle caratteristiche tecniche richieste dal capitolato in oggetto”;

- del provvedimento di estremi sconosciuti con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara della SAGO MEDICA S.r.l.;

- della nota a firma del R.U.P. prot. n. SSIH/65477 del 31.10.2022, di conferma della disposta esclusione;

e per la declaratoria di nullità

- dell'art. 5 del Capitolato Speciale d'Appalto, nella parte in cui prevede che “... Il sistema di aggancio deve consentire anche la ricarica della batteria mediante la rete elettrica del mezzo di soccorso (da 12 a 48Vcc)”;

nonché per l'accertamento e declaratoria

- di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato;

- della spettanza, in favore della ricorrente, dell'aggiudicazione in suo favore e della acquisizione della commessa di cui trattasi, con richiesta di subentro ove l'appalto di cui trattasi sia stato già avviato,

o in via gradata, per la condanna

della SANITASERVICE ASL LE S.r.l. al risarcimento per equivalente in favore della ricorrente di tutti i danni patiti e patendi, conseguenti alla illegittimità dei provvedimenti gravati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di SANITASERVICE ASL LE S.r.l. Unipersonale e di ELCAMM S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2023 la Cons. dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori avv.to F. Cecinato, avv.to D. Mastrolia e avv.to N. Di Modugno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La Società ricorrente (che ha offerto il prezzo più basso) impugna i provvedimenti epigrafati con i quali è stata disposta da SANITASERVICE ASL LE S.r.l. Unipersonale l'esclusione, dalla procedura aperta al prezzo più basso indetta per il noleggio di 24 monitor defibrillatori da destinare alle SEUS 118, della

SAGO MEDICA S.r.l. “per aver offerto un prodotto non conforme alle caratteristiche tecniche richieste dal Capitolato in oggetto”, nonché: il provvedimento di estremi sconosciuti con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara predetta della SAGO MEDICA S.r.l.; il verbale prot. SSIH/ 65233 del 28.09.2022, con cui è stata effettuata la verifica di conformità e corrispondenza dei dispositivi offerti alle caratteristiche tecniche del Capitolato speciale d'appalto; la nota a firma del R.U.P. prot. n. SSIH/65477 del 31.10.2022 di conferma della disposta esclusione e tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali. La Società ricorrente chiede, altresì, la declaratoria di nullità dell'art. 5 del Capitolato Speciale d'Appalto, nella parte in cui prevede che “... Il sistema di aggancio deve consentire anche la ricarica della batteria mediante la rete elettrica del mezzo di soccorso (da 12 a 48Vcc)”, nonché l'accertamento e declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, della spettanza dell'aggiudicazione in suo favore e della acquisizione della commessa di cui trattasi, con richiesta di subentro ove l'appalto di cui trattasi sia stato già avviato.

1.1.A sostegno del ricorso principale sono rassegnate le censure di seguito rubricate.

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione e del D. Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per incompetenza, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, sviamento dell'interesse pubblico, illogicità, manifesta ingiustizia.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, della normativa UNI EN 1789:1999, dell'art.83 comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per incompetenza, difetto di motivazione, illogicità, erroneità dei presupposti, disparità di trattamento, sviamento dell'interesse pubblico, manifesta ingiustizia.

1.2. Il 17 novembre 2022 si è costituita in giudizio la SANITASERVICE ASL LE S.r.l. Unipersonale eccependo l'inammissibilità, l'irricevibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza del ricorso introduttivo del presente giudizio.

Il 5 gennaio 2023 si è costituita in giudizio la controinteressata ELCAMM S.r.l. insistendo per la reiezione del ricorso.

1.3. Con motivi aggiunti, notificati il 6 dicembre 2022 e depositati in giudizio l'11 dicembre 2022, la Società ricorrente ha impugnato anche: la determinazione n. 38 del 14.11.2022, a firma congiunta del R.U.P. e dell'Amministratore Unico p.t., con cui SANITASERVICE ASL LE S.r.l. ha aggiudicato in favore della ELCAMM S.r.l. la "procedura aperta ai sensi dell'art. 60 D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per il noleggio di 24 monitor defibrillatori da destinare alle SEUS 118 di Sanitaservice ASL Lecce" - C.I.G 9309644144; i verbali di gara; la relazione prot. SSIH/ 65233 del 28.09.2022, con cui è stata effettuata la verifica di conformità e corrispondenza dei dispositivi offerti alle caratteristiche tecniche del Capitolato tecnico d'appalto; tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali.

1.4. A sostegno dei motivi aggiunti sono articolate le ulteriori seguenti censure:

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Costituzione e del D. Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per incompetenza, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, sviamento dell'interesse pubblico, illogicità, manifesta ingiustizia.

IV) Violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 445/2000, dell'art. 80, comma 5 lett. f-bis o c-bis, D. Lgs. n. 50/2016 e del Bando di gara. Eccesso di potere per illogicità, sviamento dell'interesse pubblico, difetto di istruttoria, manifesta ingiustizia.

V) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione e del D. Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di motivazione, erroneità di presupposti, sviamento dell'interesse pubblico, illogicità, manifesta ingiustizia e disparità di trattamento.

1.5. Con ordinanza cautelare n. 5/2023 (confermata in appello dal Consiglio di Stato), pronunciata in esito all'udienza in Camera di Consiglio del 10 gennaio 2023, questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente, con la seguente motivazione *“Considerato che, ad una sommaria deliberazione propria della fase cautelare del giudizio, le pur suggestive censure formulate dalla Società ricorrente (che ha offerto il prezzo più basso nella gara indetta da SANITASERVICE ASL LE S.r.l. per il noleggio di 24 monitor defibrillatori da destinare ai mezzi di Pronto Soccorso) nel ricorso introduttivo del giudizio e nei motivi aggiunti proposti in corso di causa non appaiono - allo stato - assistite dal necessario fumus di fondatezza, condividendo il Collegio le analitiche controdeduzioni (incentrate precipuamente sul rilievo che la ricorrente SAGO MEDICA S.r.l. ha effettivamente offerto un prodotto non conforme né equivalente alle caratteristiche tecniche richieste dal Capitolato tecnico d'appalto) svolte da SANITASERVICE ASL LE S.r.l. nella memoria difensiva depositata in data 7 Gennaio 2023 (con la modalità informatica FIFO l'ultimo dato in entrata cancella l'ultimo registrato e inoltre permette di visionare immediatamente sul dispositivo medico solo gli eventi memorizzati nelle ultime 24 ore; la normativa europea EN 1789:1999 non specifica che la potenza di 12 Volt prevista per le prese dei veicoli medicali sia necessariamente quella massima richiedibile, e la relativa prescrizione della lex specialis non è stata tempestivamente impugnata)”*.

Successivamente le parti hanno ulteriormente illustrato e ribadito le rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso introduttivo del presente giudizio è infondato nel merito - ed in parte è anche irricevibile per tardività - e deve, pertanto, essere respinto, nel mentre i motivi aggiunti proposti in corso di causa dalla parte ricorrente vanno dichiarati inammissibili, nei sensi di seguito indicati.

2.1. Invero, il Collegio è dell'avviso meditato di confermare integralmente, nella presente sede di merito, i rilievi contenuti nella citata ordinanza cautelare n. 5/2023 (confermata in appello dal Consiglio di Stato) alla quale vi è solo da aggiungere quanto segue.

2.2. Va disatteso il primo motivo di gravame con cui la Società ricorrente deduce la illegittimità della sua esclusione in quanto, a suo dire, la stessa sarebbe stata disposta sulla base di una valutazione tecnica effettuata dal Direttore dei Sistemi Informativi della Società resistente (Dott. Fabio Manni), il quale non avrebbe specifiche competenze in materia.

Osserva, in proposito, il Collegio che la Commissione giudicatrice di gara composta dal Dott. Budano - Presidente - Dott. Avv. Diego Foggetti - componente - e Dott.ssa Eliana Degennaro - Segretario verbalizzate (in relazione alla composizione della quale non vengono sollevate da parte ricorrente doglianze di incompetenza per carenza di professionalità) - ha ritenuto, all'unanimità, di condividere e fare proprio il parere tecnico preliminare espresso dal predetto dott. Manni, sicchè la decisione di escludere l'offerta della odierna ricorrente è attribuibile (in primo luogo) al plenum della Commissione, e non già al parere tecnico preliminare di quest'ultimo, non rivestente certamente carattere vincolante (e, peraltro, recepito successivamente anche dal R.U.P.).

In ogni caso, quanto alle competenze tecniche del dott. Fabio Manni, quest'ultimo è laureato in ingegneria e, come tale, è nel pieno possesso delle competenze tecniche (innanzitutto informatiche) per valutare la conformità o meno del monitor defibrillatore offerto dalla Società ricorrente alle prescrizioni della lex specialis di gara.

2.3. Con ulteriori censure la SAGO MEDICA S.r.l. contesta gli epigrafati provvedimenti per una serie di concorrenti ragioni, che possono essere così sintetizzate:

- con riferimento al punto a) (range di tensione), la normativa europea EN 1789:1999 prevede che i mezzi (ambulanze e automediche) devono essere dotati esclusivamente di prese a 12V; la previsione del Capitolato speciale d'appalto (che richiede una tensione elettrica da 12V a 48V) sarebbe nulla (anche ai sensi dell'art. 83, comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016), in quanto impossibile da rispettare;
- sempre con riferimento al punto a), il prodotto offerto dalla ricorrente sarebbe in ogni caso equivalente a quello richiesto dalla Stazione Appaltante, essendo sufficiente una tensione elettrica a 12V; con riferimento al punto b) - memorizzazione degli interventi dell'arco di 24h con modalità FIFO, anziché la memorizzazione di almeno 500 eventi richiesta - *“il defibrillatore offerto dalla ricorrente è in grado di memorizzare un numero illimitato di eventi (come chiaramente descritto nella relazione tecnica di gara a pag. 5), assicurando delle prestazioni numericamente e qualitativamente superiori rispetto a quelle prescritte dalla lex specialis”*;
- infine, con riferimento al punto c) - il prodotto offerto non permette di visualizzare l'elenco delle misurazioni NiBP rilevate in un periodo di tempo determinato (almeno 2 ore), bensì solo le ultime 5 rilevazioni - *“il defibrillatore offerto dalla Sago Medica, oltre alla funzione di visualizzazione rapida dello storico delle ultime 5 rilevazioni, è in grado di memorizzare ben 24 ore di interventi con modalità FIFO su memoria interna non volatile ...accessibili e visualizzabili in qualsiasi momento all'operatore sanitario ...omissis...Di conseguenza, anche in quest'ultimo caso il prodotto offerto dalla Sago Medica s.r.l. si appalesa qualitativamente superiore”*.

2.4. Osserva il Tribunale che l'impugnato provvedimento di esclusione della ricorrente risulta così motivato: *“Il prodotto offerto dalla ditta SAGO MEDICA, monitor defibrillatore SCHILLER DEFIGARD TOUCH 7, risulta non conforme alle caratteristiche tecniche richieste nel capitolato d'appalto, per le seguenti motivazioni: a) Il range di tensione di alimentazione è limitato a 10.8 fino 17.6 V cc anziché, come richiesto dal capitolato, da 12 a 48 V cc; b) Viene offerta una memorizzazione degli interventi dell'arco di 24h con*

modalità FIFO, anziché la memorizzazione di almeno 500 eventi richiesta; c) Il prodotto offerto non permette di visualizzare l'elenco delle misurazioni NiBP rilevate in un periodo di tempo determinato (almeno 2 ore), bensì solo le ultime 5 rilevazioni”.

Ciò posto, rileva il Collegio che la Stazione Appaltante, nella richiesta/prescrizione delle caratteristiche tecniche dei prodotti da acquisire, esercita un potere largamente discrezionale, sub specie di discrezionalità tecnica, sicché il suo potere è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo se è basato su una valutazione manifestamente irragionevole o su un travisamento dei fatti.

In altri termini, occorre considerare che la discrezionalità tecnica esercitata in subjecta materia è una manifestazione di giudizio, più che di volontà, consistente in una attività diretta alla valutazione ed all'accertamento dei prodotti ritenuti più consoni alle esigenze pubbliche da soddisfare, con la conseguenza che deve ritenersi illegittima solo la valutazione che possa ritenersi manifestamente illogica o comunque non plausibile, e non già una valutazione che, pur opinabile nel merito, sia da considerare comunque ragionevole.

Inoltre, secondo quieti principi giurisprudenziali, il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, non offre sempre risposte univoche, ma costituisce un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità e, in tali situazioni, il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'Amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo (cfr., ex multis, Cass. Civ., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013).

2.5. Orbene, in applicazione delle suindicate coordinate ermeneutiche, quanto alla censura con la quale la parte ricorrente deduce la nullità della previsione del Capitolato tecnico che ha richiesto una tensione elettrica delle prese comprese tra 12V e 48 V, asserendo che la normativa europea EN 1789:1999 prevede che i

mezzi (ambulanze e automediche) devono essere dotati esclusivamente di prese a 12V, con conseguente inattuabilità (e conseguente nullità) della suddetta previsione del Capitolato tecnico, ai sensi dell'art. 83, comma 8 del Codice degli appalti (che prevede che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal codice e dalle altre disposizioni di legge vigenti), deve riconoscersi che tale prescrizione non risulta impugnata tempestivamente (nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione), con conseguente tardività della relativa censura, in quanto la invocata nullità di cui all'art. 83 comma 8 del Decreto Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. non riguarda - notoriamente - i requisiti di idoneità e/o di capacità tecnica-professionale richiesti dalla lex specialis di gara.

Infatti, secondo condivisibile orientamento, la norma contenuta nell'art. 83, comma 8, D. Lgs. n. 50/2016, non ha posto un divieto per la Stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova, al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima, bensì ha regolamentato questo potere. Pertanto, la clausola del bando di gara che individua il livello minimo di capacità tecnica dell'impresa offerente ha natura escludente e non è nulla per (asserito) contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto stabilito dalla medesima norma (Consiglio Stato Sez. IV, 15/02/2022, n. 1107).

Peraltro, ritiene il Tribunale che non sussistono e non sono stati forniti elementi esaustivi per potere ritenere che le suindicate caratteristiche tecniche prescritte siano manifestamente illogiche o inattuabili atteso che, come efficacemente rilevato dalle parti resistenti, la normativa comunitaria richiamata da controparte prevede soltanto che i veicoli medicali debbano essere dotati di prese con una

potenza minima di 12V, non specificando quale debba essere, invece, la potenza massima.

2.6. Con ulteriori motivi di gravame, la Società ricorrente contesta il secondo rilievo espresso dalla Stazione appaltante (*“viene offerta una memorizzazione degli interventi dell'arco di 24h con modalità FIFO, anziché la memorizzazione di almeno 500 eventi richiesta”*) sostenendo che il prodotto offerto avrebbe delle caratteristiche tecniche qualitativamente superiori rispetto a quelle richieste dal Capitolato tecnico, in quanto sarebbe in grado di memorizzare un numero illimitato di eventi, come è desumibile dalla relazione tecnica; sostiene, in definitiva, parte ricorrente, che il dispositivo dalla stessa offerto è funzionalmente equivalente a quello richiesto dalla Stazione appaltante.

Il motivo non coglie nel segno per le ragioni già espresse da questo Tribunale nella citata ordinanza cautelare n. 5/2023 (confermata in appello dal Consiglio di Stato).

A tanto deve solo aggiungersi che l'art. 68, comma 7, del D. Lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che, *“quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”*.

Il principio di equivalenza, introdotto dall'art. 68 del D. Lgs. n. 50 del 2016 in attuazione dell'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE, per consolidata giurisprudenza (ex multis, Consiglio di Stato, III, 10 febbraio 2022, n. 1006; V, 17 febbraio 2022, n. 1186) permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, sul presupposto che la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde,

da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità.

Detto principio non può - però - essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate (così Consiglio di Stato, III, 2 marzo 2018, n. 1316) o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un “aliud pro alio” (ex multis, Consiglio Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225; V 25 luglio 2019, n. 5258).

Nella fattispecie concreta in esame, tuttavia, - pur trattandosi di fornitura con caratteristiche tecniche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato di cui all'art. 95 comma 4 Decreto Legislativo n. 50/2016 e ss.mm. - comparando le caratteristiche tecniche del prodotto offerto dalla SAGO MEDICA S.r.l. (*“Il defigard touch 7 è in grado di memorizzare 24 h di interventi con modalità FIFO, su memoria interna non volatile. In alternativa è possibile inviare ogni singolo intervento in maniera automatica o manuale al server di CO, per un'archiviazione di massa e visualizzazione attraverso il SEMO Schiller Server, incluso nella fornitura. Per ogni singolo intervento vengono memorizzati: I trend dei parametri vitali- La traccia ECG di tutto l'intervento- Un numero illimitato di eventi come indicazione del minuto/secondo in cui avvengono, quali ad esempio gli allarmi, le scariche di defibrillazione/pacing, visualizzazione soglie e momento di attivazione dei parametri .Ogni singolo intervento, memorizzato nella sua interezza, può essere esportato su memoria USB oppure inviato al Server di CO.”*) con il prodotto richiesto dal Capitolato tecnico (*“memorizzazione dei trend di tutti i parametri vitali e di almeno 500 eventi con funzione di registrazione istantanea con capacità retroattiva di almeno 10 secondi. Ogni dato*

dovrà essere esportato tramite USB o altri supporti di uso comune”) appare evidente la non corrispondenza delle relative caratteristiche tecniche.

Ritiene il Tribunale, invero, facilmente evincibile dalla descrizione delle due tipologie di prodotti, che il prodotto offerto dalla odierna ricorrente non è in grado di registrare almeno 500 eventi con funzione di registrazione ed evidenziazione istantanea sul dispositivo medico con capacità retroattiva di almeno 10 secondi.

In particolare, è condivisibile la tesi delle resistenti, secondo le quali la capacità del defibrillatore di memorizzare "un numero illimitato di eventi", non consente tuttavia di avere una immediata fruibilità dei relativi dati, così come richiesto dal Capitolato tecnico, atteso che solo quelli memorizzati nelle 24 ore sono direttamente visionabili sul dispositivo medico, mentre al contrario, ove necessario, gli stessi necessitano per loro visione l'utilizzo di un ulteriore device che si colleghi direttamente al server (“il defigard touch 7 è in grado di memorizzare 24 h di interventi con modalità F.I.F.O., su memoria interna non volatile. In alternativa è possibile inviare ogni singolo intervento in maniera automatica o manuale al server di CO, per un’archiviazione di massa e visualizzazione attraverso il SEMO Schiller Server, incluso nella fornitura”).

In definitiva, il prodotto offerto dalla ricorrente programmato con modalità F.I.F.O. (First In First Out che in elettronica/informatica vuol dire l’ultimo dato che entra cancella l’ultimo registrato) è pur vero che registra le rilevazioni delle ultime 24 ore, ma ciò avviene con un massimo di 5 rilevazioni, atteso che la sesta registrazione in entrata finisce necessariamente per cancellare (sul dispositivo) la prima rilevata.

Pertanto, ritiene il Tribunale che tale prodotto obiettivamente non risponde alle caratteristiche dettagliatamente indicate nel Capitolato tecnico, rispetto alle quali la legge di gara prevedeva esclusivamente un confronto competitivo basato sull’offerta del minor prezzo, sicchè la rilevata difformità sostanziale del

"prodotto" offerto rispetto a tali prescrizioni, integra un aliud pro alio, con conseguente legittimità dell'esclusione dalla procedura.

2.6. Per le ragioni innanzi indicate è legittimo anche il motivo di esclusione con il quale la Stazione appaltante resistente ha ritenuto non conforme alle specifiche tecniche del capitolato l'offerta della SAGO MEDICA S.r.l., in quanto *“Il prodotto offerto non permette di visualizzare l'elenco delle misurazioni NiBP rilevate in un periodo di tempo determinato (almeno 2 ore), bensì solo le ultime 5 rilevazioni.”*, in quanto come correttamente rilevato dalla Stazione Appaltante, il prodotto offerto dalla Società istante non è in grado di registrare sul dispositivo medico un numero indefinito di rilevazioni, nelle due ore, ma solo un numero massimo di 5 rilevazioni.

Né a tale deficit può supplire la circostanza che il prodotto offerto sia in grado di memorizzare ben 24 ore di interventi con modalità F.I.F.O., atteso che, ribadisce il Collegio, la modalità F.I.F.O. (First In First Out, ossia e l'ultimo dato che entra cancella l'ultimo registrato) non consente la immediata fruibilità e visualizzazione sul dispositivo medico di tutte le rilevazioni effettuate nell'arco di due ore ma solo un massimo di 5, atteso che la sesta registrazione in entrata finisce necessariamente per cancellare la prima rilevata.

La ricorrente ritiene errata la motivazione espressa dalla Stazione Appaltante, atteso che *“il defibrillatore offerto dalla Sago Medica, oltre alla funzione di visualizzazione rapida dello storico delle ultime 5 rilevazioni, è in grado di memorizzare ben 24 ore di interventi con modalità FIFO su memoria interna non volatile ...accessibili e visualizzabili in qualsiasi momento all'operatore sanitario e che “è possibile visualizzare lo storico delle ultime 5 visualizzazioni (1+4) semplicemente ampliando la visualizzazione dei parametri, scorrendo col dito sul touch screen da destra a sinistra”*.

Osserva, invece, il Tribunale che il paventato difetto di motivazione non sussiste in quanto, da un lato, non spettava alla Stazione appaltante dimostrare l'insussistenza della equivalenza, ma spettava piuttosto all'offerente provare l'equivalenza sul

punto del prodotto offerto con il prodotto richiesto e, dall'altro, la detta equivalenza non può dirsi compiutamente dimostrata, stante la diversità del prodotto richiesto dal Capitolato tecnico rispetto a quello offerto dalla ricorrente.

Ribadisce il Collegio che non può neppure essere invocato il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del D. Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), non potendo essere applicato nel caso di mancato rispetto di requisiti tecnici minimi obbligatori che identificano le caratteristiche essenziali e indefettibili dei lavori, servizi o forniture richieste dall'Amministrazione (in termini Consiglio di Stato, sez. III, 19 agosto 2020 n. 5144 e 5140; sez. V, 25 luglio 2019 n. 5260). Il concorrente che voglia presentare un prodotto (o servizio) equivalente a quello richiesto incontra comunque il limite della "difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis", configurante un'ipotesi di "aliud pro alio non rimediabile" (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

In questi casi vale il diverso principio secondo cui va sanzionata con l'esclusione dalla gara la mancata offerta dei requisiti espressamente previsti dalla Stazione appaltante quali requisiti tecnici minimi obbligatori.

In definitiva, i provvedimenti impugnati sfuggono alle censure rassegnate nel ricorso principale il quale deve conseguentemente essere respinto (inclusa la domanda risarcitoria e di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto e di subentro e quella subordinata di risarcimento del danno per equivalente, non sussistendo l'illegittimità dell'azione amministrativa), e in parte anche dichiarato irricevibile per tardività, ed acclarata la legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara de qua.

3. I motivi aggiunti, proposti dalla Società ricorrente avverso il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto de quo in favore della ELCAMM S.r.l., sono inammissibili per difetto di legittimazione attiva.

Secondo quieti principi giurisprudenziali che il Collegio condivide, deve ritenersi inammissibile, per difetto di legittimazione attiva, l'impugnativa dell'impresa che sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del Settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara (T.A.R. Lazio, I ter, n. 2921/2017; T.A.R. Torino, II, n. 407/2017, e giurisprudenza ivi richiamata);

Il Collegio rileva, altresì, la non sovrapposibilità della vicenda oggetto di giudizio con la invocata fattispecie esaminata dalla Corte di Giustizia U.E. nei casi "Fastweb" e "Puligienica": in tali ultimi giudizi, infatti, ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso - principale e incidentale "escludente" - avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, "ciascuno vantando un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta e dette contestazioni potendo indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare".

Nel caso di specie, vanno invece applicati i principi espressi dal Consiglio di Stato (Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4) con i quali si è specificato che l'impresa che non ha partecipato o è stata legittimamente esclusa dalla procedura di gara non ha la legittimazione ad impugnare il successivo provvedimento di aggiudicazione. Infatti, anche l'eventuale interesse pratico alla rinnovazione della gara non dimostra la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, poiché tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del

settore, che aspiri a partecipare ad una futura selezione; la capacità di questo dato empirico di influire significativamente sulla legittimazione al ricorso risulta ulteriormente circoscritta quando l'interesse in questione non si collega in modo immediato ed evidente con un determinato bene della vita (la concreta probabilità di ottenere l'appalto), ma si attegga come mera prospettiva della ripetizione del procedimento.

In altri termini, i principi comunitari e nazionali invocati dalla parte ricorrente riguardano solo i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale “escludente” (non pertinenti nella presente causa).

In definitiva, i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente avverso l'aggiudicazione disposta nei confronti della ELCAMM S.r.l. sono inammissibili per difetto di legittimazione attiva.

4. Sussistono i presupposti di legge (fra cui la particolare complessità e novità di alcune questioni controverse) per disporre l'integrale compensazione tra tutte le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e in parte lo dichiara irricevibile per tardività e dichiara inammissibili i motivi aggiunti, nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 5 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere, Estensore

Vincenza Caldarola, Referendario

L'ESTENSORE
Patrizia Moro

IL PRESIDENTE
Enrico d'Arpe

IL SEGRETARIO