

Il soccorso procedimentale ha la funzione di risolvere i dubbi interpretativi tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 23-2-2021

A corroborare definitivamente la fondatezza delle conclusioni accolte dal primo giudice soccorre l'indirizzo interpretativo, di recente ribadito da questo Consiglio, che rinviene nel sistema normativo degli appalti pubblici la possibilità, in relazione all'art. 83, di attivare da parte della stazione appaltante un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (Cons. Stato, sez. V, n. 680/2020).

Nel caso di specie, il "soccorso procedimentale" non avrebbe violato i segnalati limiti di ammissibilità, posto che il chiarimento utile a dirimere il dubbio non avrebbe costituito una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, né vi avrebbe apportato dati correttivi o manipolativi, ma si sarebbe limitato a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della "svista" occorsa nella compilazione dell'offerta economica.

Lo stesso disciplinare di gara ha contemplato la "facoltà della stazione appaltante", al di fuori delle ipotesi di soccorso istruttorio, di "invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati" sicché anche da questo punto di vista nulla ostava alla soluzione, a mezzo di chiarimento, dell'impasse dubitativa.

Il procedimento amministrativo è la culla degli interessi di tutti. In esso convergono la parte pubblica ed i svariati soggetti privati. E' il campo dove gli incontri tendono a centrare l'obiettivo principale: il raggiungimento di quel risultato che deve soddisfare le parti. Quella pubblica, per il conseguimento dell'interesse collettivo, quella privata, per il soddisfacimento della propria aspettativa.

Alcune volte il risultato è ottenuto senza particolari difficoltà, in altri casi numerosi ostacoli devono essere superati tramite il ricorso a specifici mezzi. E' in questo momento che interviene la fase centrale del procedimento amministrativo, che vede come attore principale il responsabile del medesimo procedimento.

Infatti la legge 07/08/1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", all'articolo 6 lettera b), prevede che il

suddetto responsabile “può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete”.

Il legislatore, pertanto, ha voluto far sì che qualsiasi arresto di natura formale non fosse in grado di incidere negativamente su aspetti tipicamente sostanziali. Il riferimento è a quella “attività di regolarizzazione”, che ricade nell’ambito del *modus agendi* del suddetto responsabile.

Da ciò si ricava il principio in base al quale la richiamata attività amministrativa “di mera rettifica” possa effettivamente scongiurare potenziali future implicazioni processuali e fare in modo che lo stesso procedimento non sia *aggravato* da inutili formalismi. Pertanto, proprio in tale preciso momento, la richiamata normativa sul procedimento si aggancia perfettamente alle disposizioni che disciplinano la materia dei contratti pubblici; in particolare, nella fase in cui interessi sostanziali e processuali si intrecciano in un vortice finalizzato, come detto, al raggiungimento dell’agognato risultato.

Merito della sentenza in argomento è quello di aver evidenziato, in modo chiaro e lineare, il meccanismo sopra descritto.

La pronuncia si sofferma, infatti, sulla questione degli elementi essenziali dell’offerta tecnica e di quella economica, enunciando espressamente il principio in base al quale la stazione appaltante possa ricorrere all’istituto del soccorso procedimentale, nettamente distinto da quello istruttorio^[1].

La possibilità di *risolvere dubbi*, tramite l’acquisizione di specifici *chiarimenti* da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell’offerta, finalizzati ad ottenere l’*esatta interpretazione* della stessa offerta, con il contestuale superamento delle potenziali *ambiguità*, rappresentano il corpo centrale della pronuncia in esame.

Di conseguenza il soccorso procedimentale così individuato non ha inciso sul corpo dell’offerta tecnica, non vi ha apportato correzioni o manipolazioni di alcun genere, ma l’istituto è servito unicamente a rimediare a quella *svista* verificatasi in modo occasionale nella predisposizione dell’offerta tecnica.

Riprova di quanto affermato trova concreto riscontro nel disciplinare di gara; infatti tale documento, nell’escludere le ipotesi di soccorso istruttorio, conferisce espressamente alla citata stazione appaltante una precisa facoltà: come ricordato, la possibilità di invitare i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine alla documentazione presentata, ottenendo, pertanto, il superamento dei profili di dubbia interpretazione.

[1] Si ricordano i pareri espressi dal Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e sullo schema del correttivo (Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, parere n. 855; Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017, parere n. 782), con i quali il supremo Consesso ha sottolineato che sia conservato un “*soccorso procedimentale*” separato dal “*soccorso istruttorio*”.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 09/02/2021

N. 01225/2021REG.PROV.COLL.

N. 09202/2020 REG.RIC.

N. 09470/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9202 del 2020, proposto da

Simad S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Linda Balsemin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

contro

Eurocolumbus S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianpiero D'Alia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;
Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli - non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 9470 del 2020, proposto da

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II - Policlinico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Velletri n. 21;

contro

Simad S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Linda Balsemin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma alla Via Velletri n. 21;

Eurocolumbus S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianpiero D'Alia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma alla Via Velletri n. 21;

per la riforma

quanto ai ricorsi n. 9202 e n. 9470 del 2020:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (sezione Seconda) n. 04540/2020, resa tra le parti, concernente l'esito della gara indetta per la fornitura di n. 4 Archi a C - Lotto 1, indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" di Napoli.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Eurocolumbus S.r.l. e della Simad S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Viste le note di udienza depositate dalle parti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2021, tenuta in modalità telematica, il Cons. Giovanni Pescatore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" di Napoli ha bandito una gara per la fornitura di 4 Archi a C per le esigenze del B.O. di Ortopedia, del B.O. di Urologia, del B.O. di Pediatria, del B.O. della nuova piastra endoscopica (lotto n. 1; valore stimato € 550.000,00 oltre IVA, durata 12 mesi) e di 1 Arco a C per le esigenze del B.O. di Chirurgia Cardiovascolare (lotto n. 2; valore stimato € 130.000,00 oltre IVA, durata 12 mesi).
2. E' controverso l'esito della gara con riferimento al lotto 1, per il quale hanno concorso le due odierne contendenti, la Eurocolumbus s.r.l., collocatasi al secondo posto con 59,71 punti, e la Simad s.r.l., giunta prima con 77,1 punti.
3. Il giudizio innanzi al Tar Campania intentato dalla seconda classificata si è concluso con la sentenza n. 4540/2020 che ha accolto il ricorso proposto da Eurocolumbus s.r.l. e respinto il ricorso incidentale promosso da Simad s.r.l.
4. Le questioni dibattute pertengono, su entrambi i fronti, a supposte carenze tecniche dei dispositivi offerti, che li renderebbero difformi rispetto ai requisiti di minima imposti dal capitolato.
5. La sentenza di primo grado è stata impugnata con distinti appelli dalla Simad (n. 9202/2020) e dalla stazione appaltante (n. 9470/2020).
6. Le due cause sono confluite alla medesima udienza pubblica del 4 febbraio 2021 ed in quella sede, all'esito dello scambio di note di udienza, sono state trattene in decisione.

DIRITTO

1. I due appelli, aventi ad oggetto la medesima sentenza, devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96 c.p.a..
2. Seguendo l'ordine espositivo osservato dalle ricorrenti si impone come prioritaria la disamina delle censure già dedotte nel ricorso incidentale di primo grado.
 - 2.1. A queste vengono opposte da Eurocolumbus una serie di eccezioni di irricevibilità e inammissibilità (riproposte ai sensi dell'art. 101 c.p.a. – v. memoria 15.12.2020, pag. 10), dalla cui valutazione si può prescindere, stante l'infondatezza nel merito dei motivi dedotti.
 - 2.2. Con il primo di essi, Simad ha sostenuto che nell'offerta economica di Eurocolumbus s.r.l. non è compreso il servizio di manutenzione gratuita full risk per 48 mesi, come richiesto dall'art. 22 del disciplinare di gara (*"Tutte le apparecchiature e i relativi accessori devono essere mantenute (manutenzione di tipo full-risk nulla escluso) per almeno 48 mesi. Si precisa che la fornitura delle apparecchiature e dei relativi accessori nonché del servizio di manutenzione fullrisk (nulla escluso) dovrà avvenire senza oneri economici a carico dell'A.O.U."*).

Nell'offerta economica figura, infatti, una garanzia full risk di soli 12 mesi, formulata, peraltro, con riferimento ad un contratto di noleggio e non di fornitura.

2.3. Il Tar ha respinto il rilievo così motivando:

“La prestazione della garanzia doveva essere resa nell’offerta tecnica, mentre nell’offerta economica era solo richiesta l’indicazione del canone annuo per il servizio di assistenza tecnica e manutenzione in garanzia e la qualificazione del canone annuo richiesto per il servizio di assistenza tecnica e manutenzione per il periodo post garanzia richiesto. Dunque, la circostanza che nell’offerta economica sia stata indicata solo la voce garanzia del prodotto per 12 mesi è probabilmente spiegabile se si considera che nell’offerta economica doveva essere espresso il canone annuo per il servizio di garanzia. Inoltre, la menzione del servizio di manutenzione e assistenza tecnica per tutta la durata del noleggio è evidentemente dovuta a un errore materiale (come dimostra il riferimento al noleggio, del tutto incongruo rispetto alla procedura in esame), inidoneo a incidere sulla correttezza delle dichiarazioni contenute nell’offerta tecnica alla quale sola deve farsi riferimento per verificare il rispetto della prestazione di garanzia posto appena esclusione” (pag. 29 della sentenza appellata).

2.4. L’appellante Simad ritiene non conforme a diritto la tesi dell’errore materiale e a supporto di questa posizione richiama le disposizioni con le quali il disciplinare di gara commina con la massima sanzione dell’esclusione sia la mancata inclusione nell’offerta economica della garanzia full risk per 48 mesi (artt. 14 e 22); sia, in termini più generali, ogni altra ipotesi di difformità dell’offerta dalle prescrizioni di minima (art. 18).

2.5. Il motivo non può essere accolto.

È pacifico e documentale che Eurocolumbus nell’allegato operativo alla offerta tecnica su assistenza e manutenzione (cfr. all. 2 alla memoria del 19.6.2020) ha espressamente prestato la garanzia full risk per 12 mesi più 48 mesi post garanzia, per un totale di 60 mesi.

D’altra parte, l’appellata ha espressamente dichiarato nella documentazione di gara di accettare espressamente tutte le condizioni contrattuali imposte dalla stazione appaltante, ivi comprese quelle relative alla manutenzione di cui alla contestazione incidentale (cfr. all. n. 37 depositato nel giudizio di primo grado).

2.6. Le indicazioni contenute nell’offerta economica certamente contengono delle incongruenze rispetto all’indicazione sopra riportata quanto a durata della garanzia e tipologia di contratto considerata, ma l’eccentricità del secondo dei due dati (noleggio in luogo di fornitura) è tale da rendere del tutto manifesta l’erroneità della compilazione del testo e, quindi, ampiamente plausibile la tesi dell’errore materiale seguita dal primo giudice.

2.7. Peraltro, la contestazione mossa dalla ricorrente incidentale riguarda i soli due elementi sopra menzionati (durata della garanzia e tipologia di contratto considerata), non già l’omessa indicazione del canone annuo, che costituiva il vero nucleo essenziale della indicazione di carattere quantitativo che doveva essere fornita nell’ambito dell’offerta economica.

2.8. A corroborare definitivamente la fondatezza delle conclusioni accolte dal primo giudice soccorre, infine, l’indirizzo interpretativo, di recente ribadito da questo Consiglio, che rinviene nel sistema normativo degli appalti pubblici la possibilità, in relazione all’art. 83, di attivare da

parte della stazione appaltante un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (Cons. Stato, sez. V, n. 680/2020).

Nel caso di specie, il "soccorso procedimentale" non avrebbe violato i segnalati limiti di ammissibilità, posto che il chiarimento utile a dirimere il dubbio non avrebbe costituito una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, né vi avrebbe apportato dati correttivi o manipolativi, ma si sarebbe limitato a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della "svista" occorsa nella compilazione dell'offerta economica.

2.9. Lo stesso disciplinare di gara ha contemplato la "facoltà della stazione appaltante", al di fuori delle ipotesi di soccorso istruttorio, di "*invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*" (punto 13, sub "*Soccorso istruttorio*", ultimo periodo), sicché anche da questo punto di vista nulla ostava alla soluzione, a mezzo di chiarimento, dell'impasse dubitativa.

3. Con un secondo motivo escludente, Simad ha sostenuto che l'offerta tecnica della controparte manca di una adeguata descrizione dei monitor proposti, dei quali vengono enunciate soltanto le varianti da catalogo. Risulterebbe disatteso, pertanto, tanto il disposto dell'art. 18, in forza del quale non sono ammesse "*offerte parziali, plurime, condizionate, alternative nonché irregolari*"; quanto quello dell'art. 13, ai sensi del quale la busta dell'offerta tecnica deve contenere a pena di esclusione un elenco dettagliato della documentazione esibita, la relazione tecnica riportante le caratteristiche tecniche, nonché la documentazione tecnica dei prodotti offerti dalla casa produttrice firmata dal legale rappresentante.

3.1. Il primo giudice ha respinto la censura richiamando un brano dell'offerta tecnica della Eurocolumbus ("*il sanitario ha a disposizione due display da 19", 27" e ora anche 31" 4K*") e desumendone che "*..l'offerta dei monitor di Eurocolumbus non era indeterminata, essendo state indicate le caratteristiche dei monitor*". Il Tar ha poi aggiunto che "*Eurocolumbus ha specificatamente indicato nell'offerta tecnica il modello macchina Alien X, riportando anche il codice CND numero di repertorio DM, in tal modo consentendo di individuare tutte le caratteristiche tecniche della macchina offerta. Peraltro, come documentato dalla ricorrente, la medesima macchina era stata offerta per Lotto 2, aveva superato il collaudo senza alcun problema*".

3.2. A detta dell'appellante Simad, l'indicazione del modello della macchina Alien X, il codice CND o il numero di repertorio non possono tenere luogo della relazione richiesta dall'art. 13 del disciplinare di gara; mentre sarebbe irrilevante il fatto che la medesima macchina sia stata oggetto dell'aggiudicazione del lotto 2 ed abbia superato il relativo collaudo, stante l'autonomia dei due lotti considerati.

3.3. La censura non supera le condivisibili considerazioni spese dal primo giudice, alle quali si può solo aggiungere che Simad nulla deduce circa le caratteristiche tecniche che sarebbe

stato necessario indicare e delle quali la documentazione in oggetto risulterebbe mancante. La stessa appellante non dimostra se ed in che misura i dati riportati siano idonei alla esatta identificazione dell'apparecchio proposto.

Dunque, il motivo si riduce ad una contestazione niente più che formalistica, in quanto priva di riferimenti in grado di sostanziare il grado e la consistenza della incompletezza contenutistica da cui sarebbe affetta l'offerta tecnica avversaria.

4. Vengono in rilievo, a questo punto, i motivi concernenti le censure dedotte nel ricorso introduttivo di primo grado.

4.1. Con esse Eurocolumbus aveva lamentato la non rispondenza dell'offerta avversaria ad una serie di requisiti tecnici minimi imposti dalla legge di gara, concernenti la fornitura: *i) di due monitori LCD di dimensioni non inferiori a 20"*; *ii) di un tubo radiogeno con corrente di lavoro non inferiore a 120 MA*; *iii) della "...scopia pulsata con alta dose con corrente massima non inferiore a 100mA"* (v. all. 6 al ricorso introduttivo di primo grado).

4.2. Il primo giudice ha accolto i rilievi (di cui al primo motivo di ricorso ed al primo motivo aggiunto) sostenendo che il principio di equivalenza, pure invocato da Simad, trova un limite invalicabile nell'utilizzo dell'espressione "*non inferiore a ...*" impiegata nel Capitolato tecnico. Secondo la prospettazione del Tar, "*.. la stessa Amministrazione ha mostrato, nei chiarimenti, di ritenere i requisiti caratterizzati dalla formula "non inferiore a" come non derogabili nemmeno in applicazione del principio di equivalenza funzionale*" (pag. 32 della sentenza).

Dunque, secondo il primo giudice:

-- "*la SA non poteva invocare il principio di equivalenza con riferimento alla offerta da parte di Simad di quattro monitor da 19 anziché di due monitor da 20 essendo state le dimensioni minime dei monitor definite inderogabili sia dalla scheda tecnica dei requisiti minimi allegata al bando che in sede di chiarimenti*" (pag. 34 della sentenza);

-- al contempo, "*la corrente di lavoro massima del Generatore radiologico è espressamente richiesta dai requisiti minimi come "non inferiore a 120 mA". Nell'offerta tecnica, tuttavia, SIMAD si era limitata a dire "corrente di lavoro disponibile fino a 100mA che grazie alle ottimizzazioni hardware e software garantisce immagini di ottima qualità con la minor dose possibile". Pertanto, costituisce una indebita integrazione della offerta tecnica, in sede di soccorso istruttorio, quella con cui la SIMAD ha dichiarato che la corrente di lavoro disponibile in fluoroscopia pulsata è non inferiore a 120 mA (cfr. risposta chiarimenti SIMAD allegato n. 3 ai motivi aggiunti). Infatti, il dato della corrente di lavoro massima non inferiore a 120 mA non era stato dichiarato nell'offerta tecnica, motivo per cui la SA ha sul punto richiesto chiarimenti*";

-- "*analogamente, con riferimento al requisito della acquisizione in scopia pulsata ad alta dose ed elaborazione delle immagini con corrente massima non inferiore a 100mA, deve ritenersi illegittima l'integrazione fornita dal SIMAD nei chiarimenti, per violazione dell'art. 83, comma 9, del codice, in quanto nell'offerta tecnica la SIMAD aveva invece dichiarato "presente*

fluoroscopia pulsata ad alta dose con corrente massima a 80 mA. Dunque, in sede di chiarimenti, la SIMAD ha reso una dichiarazione difforme da quella resa in sede di presentazione dell'offerta tecnica. Inoltre, nemmeno è possibile far riferimento al principio di equivalenza, come ha fatto la Commissione nella nota in data 18.2.20 (All. 3 decies), poiché tra i requisiti minimi fissati dal bando era previsto un valore "non inferiore a 100 mA." (pag. 35 della sentenza appellata).

4.3. In questa sede Simad e l'AOU tornano a perorare l'applicazione del principio di equivalenza come maggiormente rispondente: *i) alle valutazioni discrezionali espresse in sede di gara dalla Commissione giudicatrice e, quindi, alle esigenze della stazione appaltante; ii) alla natura delle specifiche tecniche in questione, in quanto implicanti prestazioni o requisiti di carattere meramente "funzionale"; iii) alle stesse disposizioni della legge di gara, nella parte in cui fanno espresso riferimento al principio di equivalenza ("Lotto 1. Requisiti minimi o equivalenti richiesti per la fornitura di n. 4 archi a C").*

Risulterebbero inappropriati, invece, i riferimenti contenuti in sentenza al soccorso istruttorio come mezzo di indebita integrazione dei contenuti dell'offerta, in quanto - secondo la tesi delle appellanti - l'"equivalenza" dell'offerta è stata valutata dalla Commissione giudicatrice solo in relazione ai dati in essa originariamente riportati.

4.4. Il motivo è infondato, in quanto inidoneo a superare i passaggi logici essenziali attraverso i quali il giudice di primo grado:

-- ha precisato in termini generali che l'espressione "*requisiti minime o equivalenti*" deve essere intesa come legittimante il ricorso al principio della equivalenza funzionale solo laddove vengano comunque rispettati i requisiti minimi previsti in modo tassativo, mediante l'uso della forma: "*non inferiore a*";

-- ha chiarito che la corretta applicazione del principio di equivalenza non è rimessa all'insindacabile giudizio della stazione appaltante, in quanto essa deve rispondere anche ad esigenze di tutela della *par condicio* tra concorrenti ("*ogni diversa interpretazione, che consentisse mediante il ricorso al principio dell'equivalenza funzionale di derogare anche ai requisiti minimi espressamente qualificati come assolutamente non modificabili in peius, infatti, comporterebbe una inammissibile lesione del principio di parità dei concorrenti, che costituisce il limite entro cui l'equivalenza funzionale può essere applicata*");

-- ha rivenuto nella procedura di gara espressi richiami a tale limite applicativo del principio di equivalenza ("*tale conclusione appare conforme a quanto affermato dall'Azienda resistente in alcuni chiarimenti, in cui, ad esempio, ha confermato che: le dimensioni dei due monitor non dovevano essere inferiori a 20*" (risposta al quesito 3, doc. 7 bis della produzione di parte ricorrente); *l'anodo rotante doveva avere velocità non inferiore a 9000 giri/minuto (cfr. doc. 7 ter di parte ricorrente). Viceversa, in un altro chiarimento, relativo alla tensione massima in grafia/scopia non inferiore a 140 kV, essendole stato contestato che in commercio non vi era nessun arco a C con tensioni superiori a 125 kV, la SA ha espressamente rilevato che avrebbe accettato valori rientranti nel range +- 10% e comunque non inferiori alla tensione massima di almeno 125 kV. In sostanza, la stessa amministrazione ha mostrato, nei chiarimenti, di ritenere*

i requisiti caratterizzati dalla formula “non inferiore a” non derogabili nemmeno in applicazione del principio di equivalenza funzionale”);

-- ha infine chiarito che il sindacato sulla corretta applicazione del principio di equivalenza non invade gli ambiti valutativi di stretta pertinenza dell'amministrazione (*“Va infine rilevato che la verifica da parte del giudice sulla esistenza o meno dei presupposti in fatto (alla luce delle prescrizioni del disciplinare o dell'allegato al bando recante i requisiti minimi tecnici richiesti) per il ricorso al principio di equivalenza da parte della SA non involge profili di discrezionalità tecnica, ma di stretta legittimità. Il giudice, infatti, in questo caso non verifica la correttezza del giudizio di equivalenza effettuato dalla Commissione di gara, col rischio di sostituirsi ad essa, ma controlla semplicemente se il ricorso ad esso fosse o meno ammissibile, alla luce delle indicazioni contenute nei documenti di gara”*).

4.5. Ad integrazione di quanto sopra, occorre rimarcare che il carattere inderogabile del requisito minimo è stato espressamente confermato dalla stazione appaltante quantomeno con riferimento ai monitori 20”, in quanto al quesito n. 3 (*“Nell'allegato LOTTO 1, sezione STAZIONE MOBILE DI VISUALIZZAZIONE, pag. 3 si legge: “due monitor LCD con risoluzione non inferiore a 1280x1024, di dimensioni non inferiori a 20”, posizionati nella sala procedure”; Considerato che la maggior parte delle stazioni mobili è dotata di due monitor con dimensioni da 19”, al fine di garantire il maggior numero di partecipanti alla gara, si chiede di prendere in considerazione monitor con dimensioni inferiori a 20”*) è stata resa la seguente risposta: *“Risposta al quesito n. 3: Si conferma il requisito minimo di “due monitor LCD con risoluzione non inferiore a 1280x1024, di dimensioni non inferiori a 20”* (v. all. 7 bis al ricorso introduttivo di primo grado).

Dunque, la dizione “non inferiore a” unitamente al significato inequivoco del chiarimento consentono di superare l'opposta suggestione ricavabile dal richiamo al principio di equivalenza contenuto nel Capitolato tecnico, ove si legge: *“Lotto 1. Requisiti minimi o equivalenti richiesti per la fornitura di n. 4 archi a C”*.

4.6. L'argomentato richiamo al principio di equivalenza, poi, non tiene conto del fatto che i requisiti di cui qui si discorre rivelano consistenza “dimensionale” e non già “funzionale”.

La stazione appaltante non si è limitata, infatti, a richiedere una strumentazione genericamente in grado di assolvere ad una determinata finalità (nell'ambito della quale sarebbe possibile apparentare dispositivi differenti ma equivalenti quanto a capacità prestazionali); al contrario, essa ha dettagliato caratteristiche tipologiche e strutturali intrinseche (dimensioni, potenza) che individuano una specifica tipologia di macchinario alla quale dovevano corrispondere i dispositivi proposti in gara.

Dunque, da una semplice lettura degli atti di gara, emerge che non vi era alcuna necessità di operare un giudizio di equivalenza perché le caratteristiche del prodotto erano state descritte attraverso grandezze comuni che non sono idonee a individuare specifiche tecniche funzionali ma la stessa tipologia di dispositivo richiesto, alla stregua della valutazione dei propri bisogni compiuta dalla stazione appaltante all'atto dell'indizione della gara.

Viceversa, l'equivalenza attiene alle specifiche tecniche in senso proprio, consistenti cioè in standard capaci di individuare e sintetizzare alcune caratteristiche funzionali proprie del bene o del servizio, per lo più espresse in termini di certificazione, omologazione, attestazione, o in altro modo (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5258/2019).

Ebbene, solo la caratterizzazione del prodotto o del servizio espressa mediante rinvio ad un dato standard tecnico-normativo giustifica il giudizio di equivalenza, il quale viceversa risulta inappropriato in relazione a caratteristiche descrittive rapportate a grandezze comuni, suscettibili di definire la tipologia di prodotto inderogabilmente richiesto dalla stazione appaltante (Cons. Stato, sez. VI, n. 3808/2020; id, sez. V, n. 2991/2019).

4.7. Peraltro, ove ritenuta eccessivamente restrittiva del mercato, la clausola recante la richiesta di tali requisiti avrebbe potuto formare oggetto di impugnazione immediata, che invece è mancata. La clausola di equivalenza trova una sua giustificazione proprio in presenza di specifiche tecniche aventi un grado di dettaglio potenzialmente escludente, in quanto tarate su standard tecnico-normativi molto raffinati: in tali circostanze, essa svolge l'utile compito di evitare che la selezione si risolva in termini irragionevolmente formalistici e finisca per produrre un effetto anticompetitivo.

Questa condizione nel caso di specie non è verificata in alcun modo, poiché nulla è stato dedotto o risulta agli atti circa la valenza eccessivamente restrittiva che le caratteristiche richieste potevano assumere ai fini della più ampia ammissione alla selezione.

4.8. Si aggiunga, infine, e il rilievo è tranciante, che anche a voler ritenere applicabile il principio dell'equivalenza delle specifiche tecniche, la motivazione del giudizio di conformità espresso dall'organo di valutazione nella seduta del 18.2.2020, e posto a fondamento dell'impugnata conferma dell'aggiudicazione, non dà alcun conto delle ragioni in virtù delle quali il prodotto offerto dalla Simad potrebbe considerarsi funzionalmente equivalente ad analogo prodotto conforme alle specifiche del capitolato; tanto più che, come già considerato, la conclusione confligge con le indicazioni desumibili dalla legge di gara. Con ciò non si disconosce che la Commissione giudicatrice possa effettuare una valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica prodotta in gara dal concorrente sia desumibile la rispondenza del prodotto offerto al requisito previsto dalla *lex specialis* (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, n. 5063/2020; id, sez. III, n. 6212/2019; n. 747/2018).

Nel caso in esame, tuttavia, la documentazione di parte non è affatto eloquente, né la carenza motivazionale dell'atto impugnato può essere colmata attraverso le deduzioni contenute negli atti difensivi e relativi allegati delle parti resistenti.

4.9. In conclusione, la previsione delle caratteristiche dimensionali del dispositivo, lungi dal configurare uno standard tecnico-normativo passibile d'equivalenza, è valsa a definire in termini generali l'oggetto della fornitura, discrezionalmente confezionato dall'amministrazione (cfr. in proposito Cons. Stato, III, n. 746/2016): non può perciò invocarsi al riguardo il suddetto principio di equivalenza, prevalendo di per sé l'assorbente constatazione della difformità del bene rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*, con conseguente integrazione di un'ipotesi di *aliud pro alio* non altrimenti rimediabile.

Diversamente opinando, si determinerebbe l'effetto di distorcere l'oggetto del contratto, modificandone surrettiziamente i contenuti in danno della stessa stazione appaltante e dei concorrenti che abbiano puntualmente osservato la disciplina di gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 5568/2018).

5. L'esito del giudizio, di complessiva reiezione dei motivi dei due appelli, consente di prescindere dalle censure ed eccezioni assorbite in primo grado e riproposte da Eurocolumbus ai sensi dell'art. 101 c.p.a..

6. Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti tra le parti appellanti e la resistente Eurocolumbus e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

li riunisce e li respinge entrambi.

Condanna le parti appellanti in solido tra di loro a rifondere in favore della parte appellata Eurocolumbus s.r.l. le spese del presente grado di giudizio che liquida nel complessivo importo di € 4.000,00 (quattromila/), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere