

Pubblicato il 24/04/2025

N. 03545/2025REG.PROV.COLL.
N. 08185/2024 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 8185 del 2024, proposto da
3M Healthcare Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in
relazione alla procedura CIG A02D3A1920, rappresentato e difeso
dall'avvocato Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale 1 - Avezzano - Sulmona - L'Aquila, non costituita in
giudizio;

nei confronti

Medline International Italy S.r.l. Unipersonale, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Di
Ienno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe
Mazzini, 33;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione
Prima) n. 00368/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Medline International Italy S.r.l. Unipersonale;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2025 la Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Stefano Cassamagnaghi e Enrico Di Ienno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con Deliberazione del Direttore Generale n. 2164 del 15 novembre 2023 l'Azienda Sanitaria Locale 1 - Avezzano - Sulmona - L'Aquila ha indetto una procedura negoziata, suddivisa in n. 2 lotti funzionali, da espletarsi su piattaforma M.E.P.A., per mezzo di "Rdo Aperta", per la fornitura di *"Medicazioni adesive per la gestione di cateteri venosi centrali, picc e midline"*, per il fabbisogno della ASL 1 Avezzano - Sulmona - L'Aquila per una durata di 24 mesi, nelle more dell'espletamento di gara regionale, da aggiudicare secondo il criterio del minor prezzo.

Tale procedura era articolata in due lotti.

Il presente contenzioso si riferisce al lotto 2, avente ad oggetto "Sistema di fissaggio" CIG A02D3A1920, per l'importo complessivo a base d'asta biennale di € 32.760,00, al quale hanno partecipato la società 3M Healthcare Italy Srl (in seguito anche 3M, odierna appellante) e la società Medline International Italy S.r.l. Unipersonale (in seguito Medline), odierna appellata.

È opportuno precisare che in base al Capitolato tecnico, gli operatori economici dovevano

trasmettere le schede tecniche del prodotto offerto contenenti le seguenti informazioni:

1. Destinazione d'uso; 2. Composizione e caratteristiche dei materiali e dei controlli effettuati; 3. Biocompatibilità; 4. Ipoallergenicità; 5. Quanto alle diciture "sterile" "monouso", deve essere indicato il metodo di sterilizzazione; 6. La data di fabbricazione; 7. Il numero del lotto e la data di scadenza ove previsto; 8. Eventuali avvertenze per lo stoccaggio e l'uso; 9. Le dimensioni e il numero di pezzi; 10. Marchio CE; 11. CND numero di Repertorio.

Inoltre, a pag. 3 del Capitolato tecnico erano indicate le caratteristiche tecniche minime dei prodotti richiesti per il Lotto 2, ossia *"Sistema di fissaggio universale per la stabilizzazione di cateteri venosi centrali ad accesso centrale e periferico composto da dispositivo senza fili di sutura con massa adesiva ipoallergenica in silicone e da una medicazione (8.5x1.5 cm) in film di poliuretano ad alta traspirabilità (MVRT $\geq$ 3000g/m²/24h) con rinforzo perimetrale in TNT. Tempo di permanenza non inferiore a 7 giorni"*.

1.1 - Nello svolgimento della procedura sono stati chiesti chiarimenti dagli operatori economici ai quali ha dato riscontro la stazione appaltante; per quanto concerne il lotto n. 2, è stato fornito, fra gli altri, il chiarimento n. 2 in risposta ad un quesito pervenuto in data 21 novembre 2023, con cui un operatore economico (Medline) aveva chiesto alla Stazione Appaltante se *"... in un'ottica di un'ampia partecipazione, viste le peculiarità descrittive che identificano un particolare prodotto presente sul mercato – è possibile partecipare con un device che raggiunga lo scopo di fissare e proteggere l'accesso vascolare - come da voi richiesto - ma che disponga di un sistema di fissaggio incorporato nella medicazione e che quindi non si identifichi unicamente nella composizione di un sistema fatto da dispositivo di fissaggio +medicazione?"*.

A tale domanda la Stazione appaltante ha fornito risposta affermativa precisando che: *"Si accetta il rilievo in quanto, dalla descrizione sintetica, il prodotto risulta essere equivalente dal punto di vista funzionale. Si specifica che la definitiva valutazione dei prodotti offerti sarà redatta anche a seguito della verifica della campionatura richiesta."*

1.2 - Entro il termine di scadenza, in risposta alla lettera di invito, hanno partecipato per il Lotto 2 n. 4 operatori economici, tra cui la ricorrente 3M Healthcare Italy Srl e la società Medline International Italy Srl Unipersonale (di seguito più semplicemente Medline).

Il Seggio di gara, in composizione monocratica, si è riunito nella prima seduta del 13 dicembre 2023 accertando le offerte ricevute e poi il RUP ha inviato, con note sempre del 13 dicembre 2023, le schede tecniche dei dispositivi offerti sia al Servizio di Prevenzione e Protezione, per le verifiche in materia di sicurezza, che al Servizio Aziendale del Farmaco per la valutazione di idoneità tecnica del prodotto offerto.

In data 14 febbraio 2024 il Servizio Aziendale del Farmaco ha risposto al RUP, affermando che, per quanto concerne il lotto n. 2, *“le ditte 3M e Medline risultano idonee, mentre le ditte....non sono idonee in quanto entrambe offrono il solo sistema di fissaggio catetere (di tipo alternativo) ma non offrono anche la medicazione come invece da noi richiesto nel capitolato tecnico. Infatti in quest’ultimo caso, nel calcolo del prezzo dei prodotti offerti dalle ditte....deve essere sommato il prezzo della medicazione in poliuretano”*.

Preso atto di tale risposta nonché di quella del responsabile del Servizio di Prevenzione e protezione, la 3M e la Medline sono state ammesse alla gara, all’esito della quale Medline è risultata aver offerto il minor prezzo (€ 23.520,00), seguita dalla ditta 3M, che ha offerto € 32.704,00.

1.3 - Pertanto, con la Deliberazione del Direttore Generale n. 660 del 21 marzo 2024 è stata disposta l’aggiudicazione della fornitura per il lotto n. 2 in favore di Medline International Italy Srl.

In data 5 aprile 2024, 3M ha richiesto alla Stazione Appaltante di inviare la Delibera di aggiudicazione nonché tutti i verbali di gara e l’offerta di Medline per il lotto n. 2.

A seguito della ricezione della pec, nel pomeriggio del 5 aprile 2024, la Stazione appaltante ha trasmesso via e-mail la Delibera di aggiudicazione n. 660 del 21 marzo 2024, già notificata tramite la piattaforma MEPA, da cui

risultava l'aggiudicazione del lotto 2 in favore di Medline per un importo pari ad Euro 23.520,00.

1.4 - In data 26 aprile 2024, per il tramite dei propri legali, 3M ha presentato istanza di annullamento in autotutela dell'intera gara (lotti 1 e 2) affermando, per quanto qui di interesse, che con riferimento al lotto n. 2 *“Medline International Italy ha offerto il prodotto Sorba Shield Centurion (codice prodotto SV430UDT), caratterizzato da una medicazione e da un sistema di fissaggio integrato il quale non presenta adesivo in silicone.”*.

Preso atto di tale istanza il Servizio Acquisizione e Gestione Beni e Servizi dell'ASL 1 ha inoltrato tale richiesta, con nota n. 82378/24 del 29 aprile 2024, al Servizio Aziendale del Farmaco, invitando tale ufficio *“a valutare quanto esposto dalla società nella nota allegata”*, ed il predetto Servizio Aziendale del Farmaco ha risposto con nota n. 82378 del 2 maggio 2024, affermando che *“si ribadisce che nella valutazione dei lotti è stata applicata l'equivalenza terapeutica e funzionale come previsto dall'ultimo codice degli appalti”*.

Nel frattempo, in data 30 aprile 2024 l'ASL 1 ha riscontrato l'accesso svolto dalla ricorrente in data 5 aprile 2024 inviando alla stessa le sopra menzionate note del 13 dicembre 2023 di trasmissione al Direttore del Servizio Aziendale del Farmaco e al Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione Aziendale delle schede tecniche per il giudizio di idoneità, la nota prot. 0030705/24 del Direttore del Servizio Aziendale del Farmaco del 14 febbraio 2024, quella del Responsabile del

Servizio di Prevenzione e Protezione Aziendale e la scheda tecnica del prodotto offerto da Medline.

In data 3 maggio 2024, la Stazione Appaltante ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente, affermando che *“l'aggiudicazione, infatti, è avvenuta sulla scorta del parere tecnico del Direttore della U.O.C. Servizio Aziendale del Farmaco, nel rispetto della normativa prevista dal vigente codice degli appalti”*.

2. - Con ricorso di primo grado, proposto dinanzi al TAR Abruzzo, sede di L'Aquila, la società 3M ha impugnato la determina di aggiudicazione n. 660 del 21 marzo 2024 e gli atti del procedimento indicati nell'epigrafe del ricorso; dopo aver ottenuto tramite accesso gli altri atti del procedimento, ha formulato motivi aggiunti con i quali ha integrato le proprie doglianze chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione e la condanna della resistente amministrazione al risarcimento del danno, in via preferenziale, in forma specifica, con declaratoria di inammissibilità del contratto qualora medio tempore stipulato, ovvero, in via subordinata, per equivalente.

Con tale impugnativa la società ricorrente ha censurato la mancata esclusione dalla gara della controinteressata Medline per aver offerto un prodotto che non rispettava le caratteristiche tecniche minime previste dalla lex specialis.

2.1 - Nel giudizio di primo grado si sono costituite per resistere al ricorso sia la stazione appaltante che la controinteressata Medline.

Sono stati depositati, in particolare, la dichiarazione di equivalenza e la nota del 2 maggio 2024 prot. n. 82378 del Servizio Farmaceutico nella quale quest'ultimo ha affermato di aver effettuato la valutazione di equivalenza.

La stazione appaltante ha invece depositato il contratto stipulato con la controinteressata.

2.2 - Con memoria del 20 maggio 2024 Medline ha precisato che la propria offerta tecnica era corredata dalla scheda tecnica del prodotto e da un test report attestante il valore MVTR e una dichiarazione di equivalenza; tali documenti sono stati depositati in data 30 maggio 2024 dopo che 3M aveva formulato una richiesta istruttoria, diretta ad ottenere il fascicolo completo di tutta la documentazione tecnica ricevuta da Medline in relazione al lotto 2 con la prova della relativa ricezione e della data della stessa.

2.3 - Nei motivi aggiunti la ricorrente ha rilevato che dai verbali non risultava l'effettuata valutazione della dichiarazione di equivalenza, precisando che – comunque – sarebbe stata illegittima.

3. - Con la sentenza n. 368 dell'1 agosto 2024, il ricorso ed i successivi motivi aggiunto è stato respinto.
4. - Avverso tale decisione la società 3M ha proposto appello, articolato sulla base di due motivi di gravame, chiedendo la riforma della sentenza appellata e, quindi, l'accoglimento del giudizio di annullamento e di quello risarcitorio, la cui domanda era già stata articolata in primo grado.
- 4.1 - Si è costituita in giudizio la società Medline producendo documenti e memorie difensive e di replica a sostegno della propria prospettazione.
- 4.2 - Anche l'appellante ha depositato scritti difensivi, anche in replica, insistendo per l'accoglimento delle proprie doglianze.
5. - All'udienza pubblica del 3 aprile 2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.
6. - L'appello è infondato va pertanto respinto.
7. - Nelle premesse dell'appello 3M ha evidenziato che dopo la propria richiesta di accesso agli atti del procedimento, la documentazione trasmessa dalla stazione appaltante non comprendeva alcuna dichiarazione di equivalenza; dagli atti esibiti non si poteva evincere l'avvenuta esecuzione di una valutazione di equivalenza tra il prodotto offerto da Medline e quello descritto nel capitolato tecnico prevista dalla lex specialis a pena di esclusione. I motivi aggiunti sono stati proposti tenendo conto di tali presupposti fattuali.
- 7.1 - Con il primo motivo di appello, articolato su vari profili, l'appellante ha dedotto il vizio di *"Error in iudicando: errata applicazione del principio di equivalenza; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 36/2023, artt. 50, 79, 105 e 108, allegati II.5 e II.8; errata applicazione dei principi in materia di chiarimenti; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e del principio dell'autovincolo; violazione della par condicio; violazione e falsa applicazione della l. 241/90. errore manifesto nell'apprezzamento dei fatti; contraddittorietà, illogicità, perplessità della motivazione; omessa motivazione"*.
- Con tale doglianza l'appellante ha dedotto, in sintesi, che:

- non risulta contestato che il prodotto offerto da Medline fosse difforme dalle specifiche tecniche previste dal Capitolato tecnico;
- la sentenza del TAR si fonda sul fatto che, in sede di chiarimenti, era stato chiesto da Medline se fosse *“possibile partecipare con un device che raggiunga lo scopo di fissare e proteggere l'accesso vascolare - come da voi richiesto - ma che disponga di un sistema di fissaggio incorporato nella medicazione e che quindi non si identifichi unicamente nella composizione di un sistema fatto da dispositivo di fissaggio + medicazione”* e che l'Amministrazione aveva risposto *“Si accetta il rilievo in quanto, dalla descrizione sintetica, il prodotto risulta essere equivalente dal punto di vista funzionale. Si specifica che la definitiva valutazione dei prodotti offerti sarà redatta anche a seguito della verifica della campionatura richiesta”*;
- secondo il TAR, con tale chiarimento l'Amministrazione avrebbe *“espressamente accettato un sistema di fissaggio incorporato nella medicazione come è quello offerto dalla controinteressata, così integrando di fatto la previsione del Capitolato tecnico sul punto”* (punto 2.2 della Sentenza);
- inoltre, al punto 3.1.2 ha poi aggiunto che *“il Collegio osserva che i chiarimenti del 5 dicembre 2023 hanno, con tutta evidenza, ridefinito l'oggetto dell'appalto per quanto concerne il lotto n. 2, in quanto gli stessi hanno di fatto integrato il Capitolato tecnico ridefinendo l'oggetto del predetto lotto che è stato individuato non solo in un dispositivo di fissaggio con una medicazione ma anche in un sistema di fissaggio incorporato nella medicazione e, dunque, l'oggetto dell'appalto è stato ridefinito dai predetti chiarimenti includendo anche i dispositivi aventi un sistema di fissaggio incorporato nella medicazione come quello offerto da Medline”*;
- pertanto, secondo l'appellante, il TAR ha ritenuto che il chiarimento potesse modificare l'oggetto del contratto (circostanza affermata dal primo giudice anche ai punti 3.2.2. e 3.3.2 della sentenza).

Con il primo profilo del primo motivo l'appellante, dopo aver richiamato la costante giurisprudenza amministrativa secondo cui i chiarimenti non possono modificare la *lex specialis*, ha dedotto l'erroneità della sentenza appellata.

7.2 - Con il secondo profilo del primo motivo l'appellante ha dedotto che la sentenza impugnata (punto 3.1.2) avrebbe ritenuto irrilevante la disposizione della lex specialis che richiedeva la presentazione di una dichiarazione di equivalenza; la lettera di invito, infatti, a pag. 7, stabiliva la necessità di inserire una *“Dichiarazione sostitutiva, redatta ai sensi del D.P.R. 445/2000, attestante che il materiale/dispositivo/sistema offerto, qualora non risponda esattamente alla descrizione delle caratteristiche minime indicate, “pena esclusione” nel capitolato tecnico, abbia comunque caratteristiche “equivalenti” sotto il profilo tecnico, con ampia indicazione e dettagliata motivazione dell’equivalenza medesima, eventualmente comprovata da attinente documentazione allegata alla dichiarazione medesima”*;

- secondo il TAR, invece, tale dichiarazione sarebbe stata irrilevante alla luce dei chiarimenti già forniti dalla stazione appaltante il 5 dicembre 2023, che avevano *“ridefinito l’oggetto dell’appalto per quanto concerne il lotto 2, in quanto gli stessi avevano integrato in quanto gli stessi hanno di fatto integrato il Capitolato tecnico ridefinendo l’oggetto del predetto lotto...”*;

- la sentenza sarebbe erronea perché i chiarimenti non riguardavano le caratteristiche tecniche difformi del prodotto offerto da Medline relativa alla massa adesiva in silicone e il film con il valore di aspirabilità espressamente stabilito;

- inoltre la lex specialis richiedeva tassativamente una dichiarazione contenente *“ampia indicazione e dettagliata motivazione dell’equivalenza medesima, eventualmente comprovata da attinente documentazione allegata alla dichiarazione medesima”* e nella fattispecie la scheda tecnica presentata da Medline conferma che il prodotto offerto non presenta una massa adesiva in silicone, ma a base acrilico: nella scheda tecnica si legge espressamente: *“Adesivo: a base acrilico (biocompatibile, di grado medicale per la cute)”*; inoltre nella scheda tecnica non vi è alcun riferimento al requisito che la medicazione deve essere *“in film di poliuretano ad alta aspirabilità (MVRT $\geq$ 3000g/m²/24h)”*, in quanto nella scheda tecnica si fa afferma soltanto che il dispositivo è *“altamente permeabile”*;

- pertanto secondo l'appellante tali circostanze comporterebbero l'illegittimità dell'aggiudicazione.

7.3 - Con il successivo profilo del primo motivo l'appellante ha dedotto che, nel caso di specie, non sarebbe stato possibile dare ingresso ad una valutazione di equivalenza rispetto ai requisiti strutturali sopra indicati.

Ha richiamato a sostegno della propria tesi una decisione di questa Sezione (la sentenza n. 4155/24) secondo cui, in caso di indicazione di precise caratteristiche strutturali del prodotto richiesto, non sarebbe possibile applicare il giudizio di equivalenza: secondo tale giurisprudenza occorrerebbe distinguere tra “le specifiche tecniche” per le quali il principio di equivalenza è possibile ed 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 le prestazioni che sono state considerate idonee a soddisfare tali bisogni;

- secondo l'appellante, nel caso di specie, si sarebbe trattato di “caratteristiche tecniche essenziali pena l'esclusione” e dunque, di caratteristiche tecniche minime richieste dal Capitolato tecnico:

- la lex specialis chiedeva di produrre le schede tecniche del prodotto offerto contenenti tutte le informazioni necessarie a valutare la conformità delle caratteristiche dei prodotti offerti a quelle dei prodotti richiesti; la dichiarazione sostitutiva ai sensi del D.P.R. n. 445/2000 attestante l'equivalenza con adeguata motivazione e documentazione allegata a sostegno;

- secondo l'appellante nel caso di specie non vi sarebbe stata alcuna verifica sull'equivalenza dei prodotti, non potendo dedursi l'equivalenza dalla circostanza che l'offerta di Medline non fosse stata esclusa a differenza di quella delle altre due imprese partecipanti alla gara;

- neppure sarebbe condivisibile l'assunto del TAR secondo cui la stazione appaltante avrebbe svolto per ben due volte il giudizio di equivalenza (tramite il Servizio Aziendale del Farmaco in sede di esame delle offerte ed in sede di riesame a seguito dell'istanza in autotutela proposta dalla 3M).

7.4 - La sentenza sarebbe erronea anche per aver respinto le censure relative al valore del MVTR previsto nel Capitolato speciale, ed in relazione all'ulteriore requisito della massa adesiva in silicone senza una idonea motivazione: dalla scheda tecnica non potevano rilevarsi informazioni circa il rispetto dei parametri previsti per il valore MVTR; quanto al materiale utilizzato, il silicone, avrebbe caratteristiche migliorative rispetto al materiale del prodotto offerto da Medline per le sue ben note proprietà atraumatiche.

8. - Con il secondo motivo, infine, l'appellante ha reiterato l'istanza istruttoria già svolta in primo grado e respinta dal TAR.

L'appellante ha infine insistito sull'accoglimento della domanda risarcitoria chiedendo la declaratoria di inefficacia parziale del contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a., con richiesta di subentro per la durata pari a quella originariamente prevista; in via subordinata, ha chiesto il risarcimento per equivalente da determinarsi nella misura del 10% o in quella maggiore o minore ritenuta di giustizia; in ulteriore subordine mediante il ricorso ai criteri del risarcimento ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a.

9. – I due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto tra loro connessi, sono infondati.

Innanzitutto è necessario rilevare che, sebbene vi siano alcune imprecisioni lessicali nella sentenza di primo grado in merito alla portata dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante - tanto da indurre l'appellante a sostenere che il TAR avrebbe ritenuto ammissibile la modificazione dell'oggetto della fornitura, assegnando ai chiarimenti una valenza integrativa/correttiva della *lex specialis* -, in realtà il TAR intendeva solo assegnare valore interpretativo al chiarimento reso dalla stazione appaltante il giorno 5 dicembre 2023, in relazione alla disposizione del capitolato tecnico alla luce del principio nazionale e europeo dell'equivalenza.

La stazione appaltante, infatti, si era limitata a ritenere che “dalla descrizione sintetica il prodotto risulta equivalente dal punto di vista funzionale”, con l'aggiunta che “la definitiva valutazione dei prodotti offerti sarà redatta anche

a seguito della campionatura richiesta”; pertanto, con la risposta al quesito la ASL non ha affatto modificato o integrato le specifiche tecniche del prodotto oggetto di gara, ma si è limitata a richiamare il principio di equivalenza funzionale che è immanente nelle procedure di gara, in quanto diretto a garantire il principio del favor participationis e quindi la massima concorrenza.

Il TAR ha quindi ritenuto che *“ben potevano i concorrenti offrire un prodotto diverso rispetto a quello descritto nel predetto Capitolato ma di pari funzionalità, in base, innanzitutto, al principio di equivalenza che permea le gare pubbliche in generale”*; il primo giudice ha fatto poi riferimento alla contestata “integrazione” di fatto della previsione del capitolato tecnico, intendendo affermare soltanto che le specifiche tecniche non potevano precludere la partecipazione alla gara in caso di offerte non pienamente corrispondenti alla descrizione contenuta nel capitolato, laddove fosse stata accertata dall’Amministrazione l’equivalenza funzionale del prodotto offerto.

In altre parole, il concetto di “integrazione” utilizzato dal TAR, non significa affatto che attraverso il chiarimento sia stata modificata la specifica tecnica del prodotto oggetto di fornitura come descritta nella *lex specialis*, ma solo che l’eventuale divergenza di qualche requisito del dispositivo non poteva costituire automaticamente un *aliud pro alio* (e quindi comportare l’esclusione dell’offerta), ben potendo il dispositivo offerto essere sottoposto alla verifica di equivalenza dal punto di vista funzionale.

9.1 - L’appellante ha contestato l’ammissibilità dell’offerta di Medline in applicazione del principio di equivalenza sotto diversi profili, sostenendo che:

- non sarebbe stata prodotta in sede di gara la dichiarazione di equivalenza prevista dalla *lex specialis*, con la conseguenza che non sarebbe stato possibile per l’Amministrazione svolgere la verifica sull’equivalenza o meno dei dispositivi offerti;
- pur ammettendo la produzione di tale dichiarazione in sede di gara, non vi sarebbe prova dell’esecuzione, da parte dell’Amministrazione, della verifica

sull'equivalenza dei prodotti;

- in ogni caso, le differenti caratteristiche del prodotto offerto da Medline non avrebbero potuto essere superate in base al requisito di equivalenza funzionale;
- il materiale offerto (acrilico), infatti, non potrebbe ritenersi equivalente a quello indicato nel capitolato tecnico (silicone);
- dalla documentazione tecnica allegata (scheda tecnica) non sarebbe stato possibile verificare la rispondenza del dispositivo offerto ai parametri previsti nel capitolato per il requisito MVRT;
- in ogni caso, le specifiche tecniche, nel caso in esame, costituivano requisiti strutturali per i quali non sarebbe stata ammissibile la valutazione di equivalenza.

10. - La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa.

Innanzitutto la tesi di 3M secondo cui non vi sarebbe stata alcuna dichiarazione di equivalenza si scontra con il dato fattuale costituito dal documento n. 6 “dichiarazione di equivalenza” del 6 dicembre 2023, redatto dalla Medline e diretto alla ASL 1 – Avezzano – Sulmona – L'Aquila in relazione alla presente procedura di gara negoziata (fornitura di medicazioni adesive per la gestione di cateteri venosi centrali, picc e midline); tale documento risponde ai requisiti previsti dalla lex specialis, in quanto afferma che “i prodotti offerti ottemperano in misura equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche del progetto di gara” e “rispettano perfettamente quanto richiesto dalla Stazione appaltante poiché possiedono specifiche tecniche del tutto equivalenti, sia dal punto funzionale che tecnico-produttivo in conformità dell'Allegato II al d.lgs. 36/2023”; inoltre, tale documento chiarisce le ragioni per le quali il prodotto offerto doveva ritenersi equivalente a quello descritto nel capitolato tecnico rimandando alla documentazione tecnica ad esso allegata (scheda tecnica del prodotto e un report).

10.1 - L'appellante ha poi dedotto che tale documentazione non è stata esibita in sede di accesso e che nei verbali non si fa ad essa riferimento, facendo

intendere, velatamente, che non sarebbe stata prodotta in sede di gara.

10.2 - Ritiene il Collegio che tale tesi non possa essere condivisa, in quanto non corroborata da seri elementi probatori relativi ad un comportamento poco trasparente della stazione appaltante e della concorrente: l'omessa trasmissione di taluni documenti in sede di accesso può essere derivata da mero errore e la mancata indicazione di tutta la documentazione visionata per la verifica di equivalenza può derivare, molto più semplicemente, dalla sinteticità del verbale.

Ne consegue che non può essere accolta la richiesta di disporre un'istruttoria sul punto.

10.3 - Del resto, come ha correttamente ritenuto il TAR, non si sono dubbi circa la verifica dell'equivalenza del prodotto offerto da Medline, in quanto è stata esaminata non solo la scheda tecnica ma anche il campione del dispositivo; ciò risulta nella delibera di aggiudicazione n. 660 del 21 marzo 2024 impugnata, la quale menziona espressamente a pag. 3, la valutazione di idoneità tecnica svolta dal Servizio Aziendale del Farmaco con nota n. 30705/24 del 14 febbraio 2024; il Servizio Aziendale del Farmaco si è poi espresso in sede di riesame da parte dell'Amministrazione con la nota n. 82378/24 del 2 maggio 2024, confermando la valutazione di equivalenza.

10.4 - L'appellante, inoltre, ha continuato a contestare l'equivalenza tra il prodotto di Medline e quello descritto nel capitolato, ancorando le sue censure ad aspetti esclusivamente di tipo formale, senza fornire alcun elemento di prova circa l'erroneità di tale valutazione: dinanzi ad un giudizio tecnico discrezionale della P.A., reso dall'organo tecnico aziendale scientificamente competente, che afferma l'equivalenza tra il dispositivo offerto e quello descritto nel capitolato, il ricorrente non può limitarsi ad affermare che il prodotto non corrisponde a quanto indicato nel capitolato tecnico e che le sue specifiche caratteristiche sarebbero di qualità inferiore, ma è tenuto ad offrire un serio principio di prova, ad esempio allegando una

consulenza tecnica o comunque una documentazione scientifica a sostegno di quanto sostenuto.

Solo fornendo solidi elementi scientifici l'appellante può scalfire la valutazione tecnico-discrezionale della P.A., inducendo il giudice ad approfondire i rilievi tecnici per poter arrivare a ritenere viziata la valutazione dell'Amministrazione sull'equivalenza di due prodotti sanitari: le valutazioni della stazione appaltante in ordine alla equivalenza o meno del prodotto offerto sono, infatti, espressioni di ampia discrezionalità e di conseguenza le relative censure, che investono il merito di tali valutazioni, sono sottratte al sindacato di legittimità, salva l'ipotesi della loro manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 01/02/2024, n. 1019); in mancanza di solidi elementi di prova che dimostrino il contrario, come nel caso di specie, la valutazione della stazione appaltante risulta immune dai suddetti vizi.

La giurisprudenza ha ritenuto, con orientamento condivisibile, che la verifica del rispetto delle caratteristiche tecniche minime richieste dalla *lex specialis* costituisce l'esito di un vaglio documentale condotto dalla Commissione sulla base del proprio apprezzamento, da considerare di per sé insuscettibile di revisione nella sede giurisdizionale in mancanza di chiari rilievi di illogicità ed erroneità manifesta (secondo i comuni principi in materia), il che porta a concludere che ciò che conta è che dall'offerta tecnica complessivamente considerata emerga il rispetto delle previsioni in questione secondo un non irragionevole apprezzamento (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2/10/2024, n. 7900; Cons. Stato, Sez. IV, n. 4353 del 2021).

10.5 - Occorre considerare, infatti, che le specifiche tecniche relative al prodotto oggetto di gara sono funzionali al raggiungimento di determinati risultati in termini di efficacia e di sicurezza: i mezzi con i quali tali risultati possono essere conseguiti possono essere vari, perché ad esempio, l'innovazione tecnologica può garantire di raggiungere lo stesso risultato senza rischi ulteriori, facendo ricorso a mezzi innovativi rispetto al passato;

disquisire quindi, specie in materia sanitaria, su elementi “minimi obbligatori” e “requisiti funzionali” comporta la frustrazione della funzione assegnata al principio di equivalenza che è diretto invece a garantire l’apertura del mercato alle innovazioni, demandando alla P.A. il potere di valutare in concreto (e non sulla base della mera descrizione del prodotto) se il dispositivo innovativo o comunque “diverso” da quello descritto nel capitolato garantisca la medesima efficacia a parità di rischio.

Tali principi sono stati già espressi dalla giurisprudenza: il principio di equivalenza (ricavabile dall’Allegato II.5 del D. Lgs. 36/2023, riproduttivo del previgente art. 68 del D. Lgs. 150/2016) è finalizzato a evitare un’irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l’ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 01/02/2024, n. 1019).

10.6 - Il principio di equivalenza non può essere invece invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, finendo per costituire un *aliud pro alio* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 08/05/2023, n. 4624).

In ragione di ciò, si è evidenziato in giurisprudenza come il principio di equivalenza possa trovare applicazione, a rigore, solo con riferimento a quelle specifiche tecniche non qualificate come requisiti minimi obbligatori (cfr. Cons. St., sez. III, 10/02/2022, n. 1006).

Nondimeno ritiene il Collegio che, nel caso di specie, a differenza della fattispecie esaminata nella sentenza n. 4155/2024 non ricorrano ostacoli all’applicabilità del principio di equivalenza.

Difatti, tale principio, di derivazione unionale, attribuisce la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, in tal modo rispondendo, da un lato, ai principi costituzionali sia di imparzialità e buon

andamento che di libertà d'iniziativa economica; dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vede 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.

Il predetto principio presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, quale 'conformità sostanziale' con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte; ne deriva, sul piano applicativo, che, sussistendone i presupposti, la stazione appaltante deve operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni tecniche offerte, sì che le specifiche indicate dal bando vengono in pratica comunque soddisfatte (cfr. Cons. St., sez. V, 15/02/2024, n.1545; Cons. St., sez. III, 7 luglio 2021, n. 5169; id., sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093).

In altri termini, il principio di equivalenza è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta; lo stesso presuppone quindi la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante quale 'conformità sostanziale' con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui quest'ultime siano nella sostanza soddisfatte.

Ne consegue che le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non possono essere intese come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della suddetta *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo

dell'affidamento (Consiglio di Stato, sez. III, 06/09/2023, n. 8189) (TAR Campania, Sez. V, 6 maggio 2024 n. 2959).

11. - Passando al caso di specie occorre ribadire che la stazione appaltante – mediante il proprio organo tecnico – ha accertato l'equivalenza del prodotto offerto da Medline con quello descritto nel capitolato tecnico e detta valutazione risulta immune da vizi.

Non assume dunque rilievo il materiale utilizzato (acrilico) sul quale si è soffermato l'appellante, che è stato invece ritenuto ininfluenza ai fini dell'equipollenza dalla stazione appaltante, con valutazione non affetta da evidenti vizi di illogicità ed irragionevolezza.

Per quanto riguarda l'ulteriore requisito (medicazione in film di poliuretano ad alta traspirabilità MVRT), l'aggiudicataria ha dimostrato, tramite il report prodotto, il possesso del predetto requisito.

12. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto.

13. – Le spese del grado di appello possono compensarsi tra le parti in considerazione della particolarità della fattispecie esaminata.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO