

Pubblicato il 30/08/2022

N. 07558/2022REG.PROV.COLL.
N. 02564/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2564 del 2022, proposto da Malvestio S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Biagini e dall'avvocato Tiziano Ferrante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda Usl Umbria n. 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Rampini e dall'avvocato Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

nei confronti

di Hill Rom S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (sezione Prima) n. 00095/2022, resa tra le parti, nel ricorso concernente l'annullamento:

- a) della Determina Dirigenziale n. 3499 del 18.11.2021 di “Affidamento fornitura di n. 17 letti elettrici con bilancia integrata, destinati alla terapia intensiva degli ospedali di Città di Castello e di Gubbio/ Gualdo (DGR 483/20) mediante procedura negoziale sul MEPA RdO n. 2880033. CIG 8916114209” a favore di Malvestio S.p.A., comunicata ex art. 76, comma 5, del D.Lgs. 50/16 con nota del 23.11.2021;
- b) del Verbale di gara del 10.11.2021, allegato alla Determina di aggiudicazione;
- c) della nota dell'AUSL Umbria 1 del 21.12.2021, trasmessa tramite PEC del 22.12.2021, mediante la quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione a favore di Malvestio, formulata per Hill Rom S.p.A. dal sottoscritto difensore in data 16.12.2021;
- d) per quanto possa occorrere e nei limiti del ricorso dello schema di RdO n. 2880033, delle Condizioni particolari di fornitura- Allegato A e del Capitolato prestazionale – Allegato B;
- e) di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte o valutazioni;
- e per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, con subentro della ricorrente nella fornitura, nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni patiti e patienti derivanti dalle illegittime condotte dell'Amministrazione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hill Rom S.p.A. e dell'Azienda Usl Umbria n. 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Cons. Antonella De Miro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-In data 7.10.2021, l'Azienda USL Umbria 1 avviava sul MEPA una procedura telematica di acquisto ai sensi dell'art. 63, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016 per la fornitura di 17 letti elettrici per terapia intensiva con bilancia integrata da destinare agli ospedali di Città di Castello e di Gubbio/ Gualdo, da aggiudicarsi mediante il criterio del prezzo più basso. Le "caratteristiche tecniche di minima" dei beni oggetto della fornitura venivano indicate nel capitolato prestazionale della richiesta di offerta.

2. Con determina dirigenziale n. 3499 del 18.11.2021, si dava comunicazione a Hill Rom S.p.A. che l'AUSL Umbria 1 aggiudicava la fornitura a Malvestio S.p.A.

3.- In data 9.11.2021, Hill Rom S.p.A. formulava all'Azienda istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, rilevando la difformità del bene offerto da Malvestio S.p.A. rispetto alle caratteristiche tecniche di minima prescritte dal capitolato.

4.- Con nota del 22.12.2021, l'AUSL comunicava di non poter accogliere la predetta istanza, rilevando che l'aggiudicataria, nel questionario tecnico e nella relazione di corrispondenza ai requisiti di gara, aveva dichiarato il rispetto dei requisiti di minima previsti dalla disciplina di gara e si riservava di verificare la perfetta rispondenza della fornitura in fase di consegna e collaudo.

5.- Persistendo il silenzio dell'amministrazione, Hill Rom S.p.A. impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria (sezione Prima) l'aggiudicazione della gara disposta in favore di Malvestio S.p.A., chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, per i seguenti motivi:

I. violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/216, dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 97 Cost.; aggravamento del procedimento; violazione dell'art. 1, c. 2, della legge n. 241/1990; eccesso di potere per violazione della legge di gara, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà della motivazione e sviamento di potere: secondo la ricorrente, l'aggiudicazione della fornitura sarebbe illegittima per l'obiettiva difformità del letto offerto da Malvestio

S.p.A. rispetto alle caratteristiche tecniche di minima dettate dal capitolato e, in particolare, alla «altezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm con la possibilità di abbassare il piano del letto ad almeno 50 cm (circa) con indicatore di altezza minima da terra», dal momento che il Manuale d'uso e manutenzione dello stesso letto, quale depositato dalla controinteressata ai fini della partecipazione alla gara, indica, tra le “caratteristiche dimensionali e geometriche”, un'altezza massima del piano rete di 82 cm;

II. violazione dell'art. 80, c. 5, lett. c-bis) e f-bis), del d.lgs. n. 50/2016 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione: secondo la ricorrente, avendo l'aggiudicataria formulato nei propri atti una dichiarazione non veritiera con riguardo ad una caratteristica del prodotto offerto (l'altezza del piano rete), la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura ai sensi delle disposizioni richiamate in rubrica.

6.- A queste censure controdeduce Malvestio S.p.A., dichiarando che il letto offerto raggiunge l'altezza massima di 82 cm con la dotazione standard con le ruote gemellate da 150 mm.; poiché, però, il capitolato prestazionale indica, quale caratteristica tecnica di minima, il «sistema elettrificato o servoassistito per ausilio alla movimentazione o traino di spinta», il letto è stato offerto nella configurazione che prevede la presenza della c.d. “quinta ruota motorizzata”, che produce un innalzamento del piano rete fino a 85 cm.

7.-Il TAR adito, con sentenza n. 00095/2022, accoglie il ricorso e annulla l'aggiudicazione in favore di Malvestio S.p.A. per le seguenti considerazioni:

- nella formulazione della prescrizione non vi è traccia di clausole di equivalenza, né la caratteristica dimensionale di cui si discute risulta formulata in termini di prestazioni o di requisiti funzionali (ai sensi dell'art. 68, c. 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016), come invece nei casi decisi con le sentenze citate dalla ricorrente;

- non risultano depositati in giudizio gli atti della procedura rispetto ai quali l'amministrazione ha ritenuto di formulare il giudizio di equivalenza, cosicché

risulta impossibile verificare in quali termini erano articolate in capitolato le caratteristiche tecniche in quel caso richieste dalla stazione appaltante;

- di fronte alla mancata previsione nel capitolato della clausola di equivalenza, l'operatore economico interessato a fare valere l'equivalenza del prodotto offerto sarebbe stato semmai onerato dell'impugnazione della *lex specialis* per violazione del comma 7 del citato art. 68, che Malvestio S.p.A. non ha incidentalmente proposto;

- la società controinteressata non ha dichiarato né dimostrato in sede di gara l'equivalenza funzionale del letto offerto rispetto alle specifiche indicate nel capitolato tecnico; anzi, pur depositando documentazione tecnica (il Manuale d'uso e manutenzione) attestante la difformità delle caratteristiche del proprio letto rispetto alle specifiche di capitolato, si è limitata a dichiarare nella Relazione tecnica e nel Questionario tecnico un'altezza di 85 cm, senza chiarire in che modo detta altezza sarebbe stata raggiunta;

- la terza offerente, Arjo Italia S.p.A., è stata esclusa dalla procedura per l'inidoneità dell'offerta a soddisfare le caratteristiche richieste dal capitolato.

-il verbale delle operazioni di collaudo, al di là della inammissibilità della sua produzione, non muta le conclusioni raggiunte, giacché attiene ad una fase logicamente successiva all'aggiudicazione della procedura di affidamento e, dunque, non può incidere sulla legittimità dell'atto che ne costituisce la conclusione, tanto che è stato ritenuto che, essendo l'aggiudicazione l'atto conclusivo di una procedura di gara.

8.-Avverso tale sentenza insorge la Malvestio S.p.A. per i seguenti motivi:

-*Error in iudicando*. Violazione di legge: violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del d. lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione delle "caratteristiche tecniche di minima" di cui al CSA; violazione dell'art. 7 della *lex concursualis* di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti e per carenza dei presupposti;

L'appellante in estrema sintesi deduce che:

- dalla lettura della documentazione tecnica fornita in fase di offerta si evince che il letto raggiunge l'altezza massima di 82 cm con le ruote gemellate da 150 mm e, quindi, con la dotazione standard. Ciò con la conseguenza che, avendo Malvestio S.p.A. rappresentato, a pag. 9 della citata Relazione tecnica descrittiva della funzionalità del letto offerto, la presenza della 5" ruota motorizzata, si determina l'incremento dell'altezza del letto da quella (standard) di 82 cm a quella di 85 cm, *come, del resto, risulta inequivocabilmente dimostrato dalla documentazione fotografica versata nel giudizio di primo grado*. In altri termini, posto che l'altezza di 82 cm risulta raggiunta con la dotazione standard, *è del tutto evidente che, stante la obbligatorietà della presenza della 5" ruota elettrica, la medesima altezza risultava incrementata, raggiungendo i prescritti 85 cm*;

- non hanno alcuna rilevanza le considerazioni del Giudice di prime cure secondo cui anche il concorrente Arjo Italia Spa è stato escluso per il mancato rispetto del predetto requisito dell'altezza minima; atteso che (la esclusione) risulta riferita al contenuto di altra e diversa offerta tecnica la cui documentazione descrittiva, evidentemente e al contrario di quella prodotta dalla Malvestio, non evidenziava il soddisfacimento del requisito. Ma soprattutto non tiene conto della obiettiva circostanza che l'esclusione dell'offerta Arjo discenda dalla rilevata assenza di ben quattro requisiti; in sostanza, il dato dell'altezza è solo una delle criticità;

- è la stessa *lex concorsualis* a devolvere la valutazione di idoneità dei letti offerti a seguito della loro consegna;

- non sussiste l'obbligatorietà della precisazione nella *lex specialis* del principio di equivalenza come enunciato dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato in *subiecta materia*.

9.- Si costituiscono in giudizio l'AUSL Umbria 1 e Hill Room S.p.A. che presentano proprie memorie difensive.

L'AUSL Umbria 1 deduce:

- la legittimità degli atti per la conformità dell'offerta di Malvestio S.p.A. alla *lex specialis* di gara, in quanto anziché la versione standard del letto "occorreva

considerare la versione effettivamente proposta, ossia quella con la 5° ruota motorizzata (e con la conseguente maggiore altezza che ne è derivata) così come la detta configurazione è pacificamente emersa dalla lettura di tutta l'offerta presentata in gara”;

- che per espressa disposizione della *lex specialis* - non fatta oggetto di gravame da parte di Hill Rom S.p.a. - ogni verifica di conformità sarebbe stata demandata ad apposita fase successiva all'aggiudicazione ed a seguito della consegna dei beni;

- che la S.A. ha operato implicitamente una valutazione dell'equivalenza, come dichiarato possibile dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui “*La Commissione di gara...può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis* (Cons. St., sez. III, 25 novembre 2020, n. 7404).

Hill Rom S.p.A. deduce:

- l'assenza di alcun riferimento o accenno nel manuale d'uso a presunte variazioni di altezza che la quinta ruota comporterebbe, non comprendendosi attraverso quale meccanismo si possa realizzare quell'incremento dell'altezza che permetterebbe al letto di Malvestio S.p.A. di raggiungere gli 85 cm.;

- l'irrilevanza di quanto attestato in sede di collaudo dal momento che la legge di gara è chiara nel distinguere la fase di gara dalla fase di verifica dell'esatta esecuzione contrattuale o collaudo;

-che alcuna impugnazione della legge di gara doveva essere proposta da Hill Rom S.p.A. in quanto aderente al dato normativo;

- che i verbali di collaudo nulla provano sull'effettiva conformità del bene offerto da Malvestio S.p.A. dal momento che le operazioni non sono state svolte da un soggetto terzo incaricato espressamente dalla Stazione appaltante ai sensi dell'art. 102 del d.lgs. n.50/2016 e i verbali sono stati redatti e sottoscritti dalla società Althea Italia S.p.A., legata da rapporti commerciali alla ditta Malvestio S.p.A..

Hill Rom S.p.A., inoltre, reitera la censura, che non è stata presa in esame dal Tar con la sentenza avversata, con la quale sostiene che Malvestio S.p.A. ha reso una dichiarazione falsa o fuorviante sui contenuti della rispettiva offerta tecnica in conseguenza della quale sarebbe derivato in capo alla AUSL Umbria 1 un obbligo di automatica esclusione dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f bis) del d.lgs. n.50/2016.

10.- Le parti presentano reciproche memorie di replica, precisando in particolare Malvestio S.p.A. che:

- il letto Aria raggiunge gli 85 cm richiesti in conseguenza della (doverosa) presenza della 5^a ruota motorizzata e ne risulterebbe, comunque, comprovata la piena idoneità all'uso, come confermato in sede di collaudo del letto conclusosi positivamente con verbale sottoscritto, in contraddittorio, con la Stazione Appaltante;

- contrariamente a quanto *ex adverso* sostenuto, a seguito di dichiarazione (asseritamente) ingannevole del concorrente sui contenuti della rispettiva offerta tecnica, in alcun modo può discendere un automatico effetto espulsivo, essendo la Stazione Appaltante onerata di valutare l'incidenza di tale dichiarazione a fini partecipativi.

11.- Con ordinanza n. 02221/2022, il Collegio ha accolto la istanza cautelare.

12.- Alla data del 14 luglio la causa è stata tratta in decisione.

DIRITTO

1.-Come esposto in narrativa, l'appellante Malvestio S.p.A. ha impugnato la sentenza del Tar regionale per l'Umbria n. 00095/2022 che ha annullato il provvedimento di aggiudicazione della gara bandita dall'AUSL Umbria 1 per la fornitura di n. 17 letti elettrici con bilancia integrata, destinati alla terapia intensiva degli ospedali di Città di Castello e di Gubbio/ Gualdo.

2.- Con un unico motivo di impugnazione, l'appellante critica la sentenza del TAR Umbria sostanzialmente per tre ordini di ragioni:

- il Giudice di prime cure non avrebbe considerato, poiché non specificato espressamente nella documentazione di gara, che il letto nella configurazione

offerta raggiungeva l'altezza massima di 85 cm in quanto dotato di quinta ruota rispondendo così esattamente alle prescrizioni di gara;

- il TAR avrebbe erroneamente escluso l'applicabilità del principio di equivalenza funzionale;

- non sarebbero stati correttamente valutati gli esiti delle operazioni collaudo a cui la stessa legge di gara devolveva la verifica della idoneità dei letti al momento della loro consegna.

3.- L'appello è fondato.

4.- Il capitolato prestazionale per i n. 17 letti per terapia intensiva, alla voce CARATTERISTICHE TECNICHE DI MINIMA LETTI TERAPIA INTENSIVA con bilancia integrata, prevede che i letti debbono avere "Altezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm con la possibilità di abbassare il piano del letto ad almeno 50 cm (circa) con indicatore di altezza minima da terra."

5.-Malvestio S.p.A. corredeva la propria proposta di una "Relazione tecnica sulla funzionalità dei letti offerti" che, nel descrivere il letto modello "Aria" (codice 3960B) offerto, rappresentava il soddisfacimento anche del predetto requisito, evidenziando testualmente che "L'altezza del piano rete del letto 3960B è variabile elettricamente fino a cm 85. Il letto 3960B è dotato di un basamento appositamente sollevato dal pavimento per permettere l'ingresso degli amplificatori di brillantezza o di altre apparecchiature. Altezza minima da terra con le ruote proposte gemellate antistatiche da 150 mm pari a cm 46".

Inoltre, l'appellante ha presentato, in allegato all'offerta tecnica, il documento denominato "Manuale d'uso e manutenzione", relativo, tra gli altri, al modello 3960B della serie "Aria", che:

- a pagina 16 riporta le caratteristiche dimensionali e geometriche del letto in questione, tra le quali figura «ALTEZZA MASSIMA PIANO RETE (RUOTE D.150mm GEMELLATE) mm 820 ± 10»;

- a pagina 28, descrive l'accessorio "5^ Ruota", che, se inserita, «migliora la maneggevolezza del letto e ne semplifica la guida lungo i corridoi».

-alle pagine 34-35 descrive le caratteristiche funzionali della “Quinta ruota elettrica per l’assistenza al trasporto del letto”, ovvero del sistema «in grado di superare rampe con pendenza fino al 10% e fornisce un’assistenza completa alla frenata in discesa».

L’appellante, cioè, indica espressamente la presenza della 5^a ruota motorizzata, idonea a soddisfare il requisito del sistema di ausilio alla spinta di cui al rigo n. 41 di pag. 2 del citato Capitolato Prestazionale, che prevede quale ulteriore requisito tecnico minimo richiesto “Sistemi elettrificato o servoassistito per ausilio alle movimentazioni di traino e spinta”.

6.- Il bando di gara Allegato “A”, concernente “Condizioni particolari di fornitura per l’acquisto di n. 17 Letti elettrici per Terapia intensiva con bilancia integrata. Lotto 1 CIG 8916114209, al punto 7 recante la voce “ACCERTAMENTO E CONTROLLO DI CONFORMITA’ E CONTESTAZIONE prevede che: *“All’atto della consegna i beni saranno sottoposti a controllo di conformità, sia per l’aspetto qualitativo che quantitativo. La AUSL ha la facoltà di far eseguire da propri incaricati, in contraddittorio con l’impresa, controlli e verifiche di accertamento della congruità delle specifiche indicate nell’ordine, controllo della conformità ed integrità, assenza di vizi ed imperfezioni e collaudo ove previsto. Nei 5 (cinque) giorni lavorativi successivi alla consegna, che dovrà essere concordata con l’ASL, verrà effettuato il collaudo della fornitura. Il collaudo, quale verifica di funzionalità dei beni oggetto dell’Ordinativo di Fornitura, è inteso a verificare la loro conformità con la documentazione tecnica e manualistica d’uso, oltre che con le caratteristiche tecniche e di funzionalità dichiarate in sede di offerta. Al positivo completamento delle attività di collaudo verrà redatto apposito verbale, la cui data è da considerarsi "Data di accettazione della fornitura" consegnata.”*

7.- In data 7.2.2022 Althea Italia S.p.A. ha proceduto per conto dell’AUSL Umbria 1 al collaudo delle apparecchiature sanitarie oggetto dell’offerta di Malvestio S.p.A. ed ha redatto il relativo verbale, da cui risulta certificato che:

-l’esito del collaudo è positivo;

-le apparecchiature:

sono state regolarmente installate

sono regolarmente funzionanti

sono rispondenti alle normative tecniche vigenti, per quanto rilevato dalla documentazione prodotta e dalle prove

hanno correttamente superato le prove e le misure strumentali di accettazione previste dalla Norma CEI 62-122

sono corredate di tutti i manuali d'uso e dei manuali tecnici

possiedono le caratteristiche funzionali prescritte dalle normative vigenti

sono state inventariate con i numeri precedentemente indicati;

-la ditta fornitrice ha regolarmente soddisfatto tutti gli adempimenti previsti dal contratto di fornitura.

-In particolare, avuto riguardo alla fornitura di apparecchiatura 3060B, LETTO ELETTRICO ARIA, PIANO IN POLIPROPILENE, SCHIENALE IN LAMINATO TRASLANTE, TRENDELENBURG E CONTROTRENDELENBURG ELETTRICI, ALLUNGALETTO INTEGRATO, SISTEMA INCENTRO, COMPLETO DI SPONDE A QUATTRO SETTORI CON COMANDI ELETTRICI, GAMBALE ELETTRICO. BASCULAMENTO LATERALE. PEDALIERE ELETTRICHE. FRENO AUTOMATICO. CON SISTEMA DI PESATURA, viene certificato che è stata effettuata *“misurazione altezza massima dei letti la quale come da specifiche di capitolato e caratteristiche tecniche di minima raggiunge 85 cm richiesti”*.

8.- Pertanto, ancorché il Manuale fornito da Malvestio S.p.A. indichi, a pag. 16, per il letto “Aria” una altezza massima del piano rete di 82 cm con dotazione standard, per effetto della necessaria (ai sensi della *lex concorsualis*) presenza del sistema di ausilio alla spinta di cui alla citata 5^a ruota, il piano rete del letto offerto da Malvestio S.p.A raggiunge di fatto la prescritta quota di 85 cm.

9.- Giova sottolineare che nella gara *de qua* può trovare applicazione il criterio di equipollenza nella fornitura dei letti.

Come chiarito da una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, (Cons. Stato, sez. V n. 6035/21; sez. III n. 6345/20; sez. III 5074/22), il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto 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. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato ad evitare una 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 (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

Il principio di equivalenza è stato recepito dal nuovo Codice dei contratti approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, all'art. 68, prevede che la stazione appaltante non possa escludere un'offerta perché non conforme alle specifiche tecniche a cui ha fatto riferimento se il prodotto offerto non è "*aliud pro alio*", incontrando il concorrente che voglia presentare un prodotto (o servizio) equivalente a quello richiesto il solo limite della "difformità del bene rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*", configurante ipotesi di "*aliud pro alio non rimediabile*" (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

Il Codice dispone che le "caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture" sono definite dalla stazione appaltante mediante l'individuazione di "specifiche tecniche" inserite nei documenti di gara (art. 68, comma 1), nel rispetto del canone pro-concorrenziale che garantisca in ogni caso il "pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione" senza comportare "direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura

degli appalti pubblici alla concorrenza” (art. 68, comma 4) o generare artificiose o discriminatorie limitazioni nell’accesso al mercato allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

I più recenti arresti del Consiglio di Stato hanno puntualizzato che:

- “...I concorrenti non sono peraltro onerati di una apposita formale dichiarazione che circa l’equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato...La Commissione di gara...può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (Cons. St., sez. III, 25 novembre 2020, n. 7404).

- “Negli appalti di forniture, la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti è quindi generalmente ritenuta idonea a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento del giudizio di idoneità tecnica dell’offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche” (Cons. St., sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093);

- “L’art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un’apposita formale dichiarazione circa l’equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, III, 29 marzo 2018, n. 2013)”.

10.- Da quanto precede, il Collegio ritiene non condivisibile l’assunto di controparte dal momento che il letto della Malvestio S.p.A. pur essendo alto 82 cm., riesce a perseguire il requisito richiesto dalla *lex specialis* dell’altezza minima di 85 cm come specificato nei documenti di gara richiamati e comprovato in sede di collaudo.

11.- Sotto altro profilo, parimenti deve essere respinto l’assunto di Hill Rom S.p.A. circa l’asserito obbligo da parte della stazione appaltante di escludere

automaticamente dalla gara Malvestio S.p.A. per falsa dichiarazione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f – bis d.lgs. n. 50, secondo la censura già dedotta in primo grado e non presa in esame dal Giudice di prime cure, e richiamando a riguardo la sentenza del Consiglio di Stato n.2407/2019.

12.- Orbene, a riguardo si osserva che la falsa dichiarazione consiste in una *immutatio veri*, e ricorre, cioè, quando l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero. Solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso. Il Consiglio di Stato, con sentenza n 16/2020 resa in adunanza plenaria, ha specificato che il meccanismo di esclusione automatica ex lett. f-bis) è limitato «alle ipotesi in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'Amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativi al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)».

Con costante giurisprudenza (cfr sezione V sentenza n. 4209/2021), il Consiglio di Stato ha pure sostenuto che una dichiarazione non veritiera, ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. f-bis, rileva solo laddove la falsità riguardi l'insussistenza di cause di esclusione esistenti.

13.-Tanto premesso, il Collegio ritiene che la dichiarazione resa dalla Malvestio SpA nella domanda di partecipazione alla procedura di gara non sia falsa, né omissiva.

In disparte che la sentenza del Consiglio di Stato richiamata da Hill Rom S.p.A. afferisce ad altra questione, e precisamente all'ipotesi di una falsa

dichiarazione relativa all'omessa indicazione di una serie di vicende che potevano configurare "gravi illeciti professionali", si ribadisce che nel capitolato speciale allegato all'offerta del letto (che nei requisiti standard raggiunge l'altezza di 82 cm), la ditta interessata ha espressamente dichiarato che il letto raggiunge elettricamente l'altezza variabile sino ad almeno 85 cm e tale condizione è stata confermata in sede di collaudo.

14.- In ultimo, Hill Rom S.p.A. non offre alcuna prova circa la incompatibilità di Althea Italia ai sensi dell'art. 102, comma 7, del d.leg. vo n.50/2016 a svolgere l'incarico di collaudatore, e quindi anche questa censura va respinta.

15.- Stante la peculiarità delle questioni poste sussistono le condizioni per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, Accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla la sentenza n. 00095/2022 del Tar per l'Umbria (sezione prima) impugnata e rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonella De Miro

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO