

Pubblicato il 03/04/2025

**N. 02890/2025REG.PROV.COLL.
N. 05005/2024 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 5005 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Servizi Ospedalieri S.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo del r.t.i. con Mediberg S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 868440126B, rappresentata e difesa dagli avvocati Enza Maria Accarino e Gaetano Di Giacomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la A.U.S.L. - Azienda Sanitaria Locale Lanciano-Vasto-Chieti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Referza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- di Mölnlycke Health Care S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Pavan, con domicilio digitale come da pec da Registri di Giustizia;
- di Svas Biosana S.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 164/2024, resa tra le parti.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della A.U.S.L. - Azienda Sanitaria Locale Lanciano-Vasto-Chieti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Mölnlycke Health Care S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2025, il Consigliere Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli Avvocati Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, Pietro Referza e Antonio Pavan;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 164/2024 il T.A.R. dell'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha respinto il ricorso introduttivo, ed i connessi motivi aggiunti, proposti dall'odierna appellante (Servizi Ospedalieri S.p.a.: d'ora in avanti anche solo SO) per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara a procedura aperta *ex art. 54 del d. lgs. n. 50/2016*, indetta con delibera di dg n. 1195 del 29 dicembre 2020

(integrata e modificata con delibera n. 309 del 22 marzo 2021), per l'affidamento della fornitura in service di set procedurali costituiti da materiale in tnt, camici e teleria sterili e da materiali non sterili, occorrenti alle esigenze dei presidi ospedalieri della ASL di Lanciano, Vasto e Chieti, nonché dei provvedimenti ad esso connessi.

La sentenza ha altresì dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse il ricorso incidentale proposto dalla società Mölnlycke Health Care S.r.l. (di seguito anche solo MHC).

Nel merito, il T.A.R. ha anzitutto respinto le censure (primo e quinto motivo) relative ai punteggi attribuiti all'offerta di MHC (anche in relazione al disposto soccorso istruttorio relativo alla c.d. *check list*).

Ha quindi respinto:

- il secondo motivo di ricorso, con cui si lamentava “*che la legge di gara, nel regolamentare i contenuti della offerta tecnica ed i criteri di valutazione della qualità e le modalità di aggiudicazione, sarebbe assolutamente generica difettando di oggettivi criteri motivazionali riferibili ad elementi effettivi*”;
- il terzo motivo di ricorso, relativo “*alla asserita violazione dell'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016. Secondo le prospettazioni di parte ricorrente i componenti della Commissione sarebbero stati coinvolti nella redazione del capitolato prestazionale per cui non avrebbero potuto essere nominati commissari*”;
- il quarto motivo di ricorso, con cui si lamentava “*che la Commissione giudicatrice avrebbe violato i principi di trasparenza e pubblicità declinati negli articoli 17 e 19 del Disciplinare di gara per aver disposto l'apertura delle buste tecniche in seduta riservata e non già pubblica*”;
- il sesto motivo di ricorso, con cui la ricorrente contestava “*lo*

svolgimento della prova pratica in quanto svolta su un manichino dimostrativo e non già su un paziente”.

2. L'indicata sentenza è stata impugnata con ricorso in appello dalla ricorrente in primo grado.

Con i motivi di appello principale Servizi Ospedalieri:

1) censura il capo di sentenza che ha accorpato e respinto il primo e il quinto motivo; la censura oltre che sul merito si appunta sull'incompletezza della documentazione (allora) a disposizione della ricorrente.

Nel merito il mezzo:

- contesta l'approccio ritenuto formalistico del TAR che ha sostanzialmente sovrapposto *check list* e scheda tecnica;
- deduce la genericità della legge di gara quanto ai contenuti della offerta tecnica ed ai criteri di valutazione della qualità e le modalità di aggiudicazione, e che la Commissione avrebbe premiato l'offerta della controinteressata sulla base di criteri non previsti dal Capitolato.

2) censura il capo di sentenza relativo alla composizione della Commissione, deducendo anzitutto carenza di documentazione, ma anche violazione delle regole di trasparenza e di segretezza nell'esame della documentazione tecnica;

3) contesta la mancata apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica;

4) deduce l'illegittimità delle operazioni di sperimentazione “cd. prova in sala” e di attribuzione dei relativi punteggi.

3. La controinteressata – con la memoria di costituzione del 19 luglio 2024 – ha riproposto le eccezioni preliminari e i motivi di ricorso incidentale dichiarati assorbiti in primo grado (relativi alle carenze dell'offerta di SO).

4. Il T.A.R. con separata ordinanza n. 157/2024 aveva respinto l'istanza proposta *ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm.* dalla ricorrente (tale ordinanza è stata oggetto di appello n. 4861/2024, fissato in camera di consiglio).

L'appello avverso l'ordinanza in materia di accesso è stato accolto da questo Consiglio di Stato con ordinanza n. 8828/2024.

5. All'esito dell'esecuzione di tale ordinanza, l'appellante ha proposto un primo ricorso per motivi aggiunti con i quali, sostanzialmente sviluppando i motivi dell'originario ricorso alla luce dell'acquisizione della documentazione, deduce:

- l'irragionevolezza dei punteggi e dei giudizi, e l'illegittimità della mancata esclusione di MHC;
- che il soccorso istruttorio è consistito in una inammissibile integrazione della scheda tecnica (essendo in generale la scheda tecnica – all'esito di un'analitica disamina di numerosi componenti - comunque carente, e dunque l'offerta incompleta).

Tal ultimo elemento, secondo l'appellante, rileva non solo in termini di inammissibilità dell'offerta, ma anche sulla sua valutazione, in quanto *“La riduzione delle componenti nella propria offerta, ha palesemente favorito MHC anche sotto il profilo dell'offerta economica. (...) La stessa Commissione riconosce che, in mancanza di dette componenti, non avrebbe potuto procedere alla valutazione dell'offerta tecnica ed alla attribuzione dei punteggi: il vizio contestato è, dunque, insanabile. MHC avrebbe dovuto essere escluso o diversamente valutato con aggiudicazione a favore di S.O. unica altra ditta rimasta in gara”*.

6. MHC ha a sua volta proposto appello incidentale, quale strumento di reazione ai motivi aggiunti, con il quale ha dedotto anzitutto

l'inammissibilità ed infondatezza dei motivi aggiunti in quanto che anche l'offerta di SO era carente, come rilevato dalla Commissione, sicché l'appello principale sarebbe addirittura contrario al divieto di abuso del processo: *“Conformemente a tale divieto, sono dunque da considerarsi inammissibili le doglianze - come quelle sin qui esaminate - dal cui accoglimento conseguirebbe pure l'esclusione della ricorrente in primo grado, ora odierna appellante”*.

Nel merito, contesta l'incompletezza dell'offerta in quanto nemmeno la mancanza della scheda tecnica comporterebbe l'esclusione dalla gara, e comunque replica analiticamente alle specifiche deduzioni di SO.

In linea generale, sostiene poi che *“le asserite mancanze e/o incompletezze rilevate dall'appellante in relazione all'offerta di MHC, sono invero inesistenti e riferibili alla check list (poi trasfusa nelle schede tecniche). Si ricorda, inoltre, che la SA, all'esito della campionatura, ha valutato completa l'offerta di MHC, come, del resto quella del RTI, anch'esso ammesso al soccorso istruttorio”*.

6.1. MHC ha inoltre reiterato la riproposizione in appello delle eccezioni preliminari e dei motivi di ricorso incidentale assorbiti dalla sentenza di primo grado.

6.2. L'appellante incidentale ha poi dedotto che anche l'offerta di SO era affetta da analoghe carenze (come peraltro sostanzialmente dedotto, sia pure ad altro effetto, nella prima parte).

7. Il 20 gennaio 2025 SO ha depositato un secondo ricorso per motivi aggiunti in appello, conseguenti al secondo adempimento della stazione appaltante dell'obbligo ostensivo sulla stessa gravante.

Tale gravame costituisce – come chiarito dalla stessa appellante – un ulteriore sviluppo delle doglianze del ricorso di primo grado, del ricorso

in appello e dei primi motivi aggiunti.

Il mezzo in sostanza deduce la decisività di quanto prodotto da MHC a seguito di soccorso istruttorio (con particolare riferimento ai campioni, ma con estensione alle schede tecniche).

L'esclusione dell'offerta di MHC per mancanza della scheda tecnica di numerosi componenti determinerebbe, a suo avviso l'aggiudicazione a SO.

Il secondo ricorso per motivi aggiunti contiene poi una seconda censura collegata a quella precedentemente formulata sulla nomina della Commissione.

8. Il primo motivo dell'appello principale ripropone – come detto – le censure relative alle carenze dell'offerta tecnica della controinteressata, *sub specie* sia dell'erroneità dei giudizi della Commissione di gara, in ragione del minimo scarto di punteggio che ha connotato l'offerta dell'odierna appellante rispetto a quella risultata prima in graduatoria, sia della carenza di elementi essenziali che avrebbero dovuto determinare l'esclusione dell'offerta *de qua* dalla procedura selettiva.

8.1. Con riguardo al primo profilo, ad avviso del Collegio la doglianza è risultata infondata e come tale deve essere respinta, non essendo neanche sviluppate, pur in presenza della notoriamente ampia discrezionalità tecnico-valutativa della Commissione in sede di esame delle offerte tecniche (e dei connessi limiti al sindacato giurisdizionale sul punto), le ragioni per le quali le ipotizzate carenze dell'offerta tecnica della controinteressata avrebbero dovuto tradursi sul piano della valutazione tecnica in un minor punteggio attribuito alla stessa, ovvero in un maggior punteggio da assegnare all'offerta della appellante (punteggi dei quali non è neanche approssimativamente indicata l'entità numerica).

In altri termini, anche a voler dare per acquisito che le lamentate carenze dell’offerta tecnica della controinteressata effettivamente sussistessero, e che queste non dovessero dar luogo ad immediata esclusione dalla gara (ipotesi prospettata nello stesso motivo in esame, ma chiaramente alternativa a quella del minor punteggio, e su cui si tornerà in appresso), l’appellante non ha indicato neanche a livello presuntivo o congetturale come ciò avrebbe potuto o dovuto incidere sulle valutazioni tecniche riservate alla Commissione, in modo da avvantaggiare la propria offerta e/o penalizzare quella di controparte.

Per questa parte, è dunque condivisibile la conclusione del primo giudice che ha respinto la censura *de qua* invocando i noti e pacifici indirizzi giurisprudenziali relativi all’ampia discrezionalità che connota le valutazioni della Commissione sulle offerte (ciò che ha indotto le parti intimate, con eccezione riproposta anche nel presente grado, a sostenere addirittura la inammissibilità dell’impugnazione *in parte qua: eccezione* dalla quale si può prescindere proprio in ragione dell’infondatezza del mezzo, posto che detto limite ridonda principalmente sul merito della censura).

8.2. Tanto premesso, anche con riferimento al secondo profilo il motivo in esame deve essere respinto, potendo trovare conferma le conclusioni del primo giudice ancorché con una integrazione motivazionale.

Può infatti superarsi il tema controverso tra le parti se le “carenze” dell’offerta della controinteressata, rispetto alle quali l’Amministrazione ha attivato il soccorso istruttorio (illegittimamente, secondo l’appellante principale) afferissero effettivamente all’offerta tecnica, ovvero soltanto alla campionatura, come ritenuto dal T.A.R., con l’annessa questione se la *check list* fosse una cosa diversa dalle schede tecniche dei prodotti

offerti ovvero s'identificasse in essa.

E invero, all'esito dell'effettuazione dell'accesso ai documenti autorizzato dalla richiamata ordinanza collegiale n. 8831/2024 e dell'esame dei motivi aggiunti articolati in appello dall'originaria ricorrente, risulta evidente che le predette "carenze" si concretizzavano non già nell'assoluta mancanza in offerta di taluni dei kit di prodotto richiesti dalla *lex specialis*, ma in una incompletezza di taluni di essi.

Come analiticamente specificato negli stessi motivi aggiunti, leggendo le descrizioni contenute nella *check list* – la quale era un documento a sua volta riassuntivo delle schede tecniche – apparivano mancanti in ciascuno di essi elementi o componenti che secondo il Capitolato speciale d'appalto avrebbero dovuto invece essere presenti (etichetta di tracciabilità, garze etc.).

8.3. Tanto premesso, ritiene il Collegio che sul punto debba concludersi nel senso che, anche laddove fosse dimostrato che il soccorso autorizzato dalla Commissione, e attraverso il quale è stato consentito alla controinteressata (ed alla stessa odierna appellante) di precisare i contenuti delle offerte, abbia avuto a oggetto non già la campionatura – come ritenuto dal T.A.R. e come anche nel presente grado la stessa controinteressata continua a sostenere – bensì l'offerta tecnica in sé, tale attività ricadrebbe nei limiti della previsione dell'articolo 101, comma 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che secondo la giurisprudenza ha codificato i principi elaborati in via pretoria già nel vigore del precedente codice dei contratti (applicabile *ratione temporis* alla procedura per cui è causa) in tema di c.d. soccorso "procedimentale", nel senso della facoltà della stazione appaltante di sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica o dell'offerta economica, finalizzati a

consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254; id., 4 giugno 2024, n. 4984; id., 3 novembre 2023, n. 9541).

Nel caso di specie deve ritenersi riscontrata una simile conclusione, che ha evitato l'esclusione del concorrente in conseguenza di profili di incompletezza del tipo di quelli evidenziati nei motivi aggiunti, tenuto conto:

8.3.1. delle particolari modalità documentali attraverso le quali la Commissione nella specie era chiamata ad apprezzare i contenuti dei kit oggetto delle offerte tecniche (schede tecniche e *check list*), nonché della previsione espressa nella *lex specialis* del successivo esame della campionatura, di modo che soltanto all'esito di una considerazione globale di tutto ciò sarebbe stato possibile verificare effettivamente la rispondenza dei prodotti offerti alle caratteristiche minime richieste da Capitolato;

8.3.2. più in generale, dei principi del risultato e della fiducia che informano la vigente disciplina dei contratti pubblici, tale da imporre di privilegiare in tutti i casi dubbi la soluzione maggiormente in linea con il *favor participationis* e tale da favorire una proficua conclusione della procedura selettiva: non già nella prospettiva di una dialettica (e di una conseguente divaricazione) fra esigenze di approvvigionamento e principio di legalità, ma al contrario nell'ottica di una nozione di legittimità ricondotta al contrasto di natura sostanziale e non puramente

formale fra il provvedimento ed il relativo paradigma normativo.

8.4. Né, in senso contrario, l'appellante principale riesce a dimostrare l'esistenza di stringenti prescrizioni della legge di gara, atteso che:

- l'articolo 19 del Disciplinare (su cui la stessa appellante insiste in modo particolare) si limitava a esplicitare – in linea con i pacifici approdi giurisprudenziali – il ruolo meramente “dimostrativo” e non costitutivo dell’offerta tecnica svolto dalla campionatura, conseguentemente riaffermando la sanabilità di qualsiasi “incidente” che dovesse riguardare quest’ultima;
- l’articolo 15 dello stesso Disciplinare, ribadendo che il soccorso istruttorio non sarebbe stato in nessun caso possibile per integrare elementi carenti dell’offerta tecnica o dell’offerta economica, si riferiva esclusivamente al soccorso istruttorio “classico” (previsto dal comma 1 del precitato articolo 101, per intenderci), ma non pregiudicava affatto l’applicazione della diversa disposizione di cui al comma 3 del medesimo articolo.

8.5. La soluzione illustrata al punto che precede, che addiavene a rigetto nel merito della censura *de qua*, esime il Collegio dallo scrutinio dell’eccezione di inammissibilità della stessa riproposta dalla controinteressata, sulla scorta del divieto di *venire contra factum proprium*, siccome anche l’offerta tecnica dell’odierna appellante sarebbe stata a sua volta oggetto di analogo “soccorso” da parte della Commissione (circostanza, peraltro, che l’appellante nega in fatto).

Peraltro in replica la stessa appellante ha chiarito che in tal caso, e in via subordinata, occorrerebbe annullare l’intera procedura dal momento che le uniche due offerte esaminate e valutate fino alla conclusione della stessa erano proprio quelle dell’appellante e della controinteressata.

8.6. Va infine esaminato il profilo di censura con cui l'appellante principale deduce, oltre ai segnalati profili di natura formale, anche il dato sostanziale consistente nel vantaggio economico che MHC avrebbe ritratto (ai fini dell'aggiudicazione) da un'offerta incompleta.

A tale affermazione fa conseguire la tesi per cui l'ambiguità economica dell'offerta non sarebbe sanabile dal soccorso istruttorio.

La tesi è argomentata anche mediante rinvio al Verbale n. 33 (prodotto in giudizio come documento n. 29).

Secondo l'appellante principale le integrazioni hanno riguardato elementi altrimenti non valutabili dalla Commissione.

8.7. Ad avviso del Collegio anche questo profilo di censura è infondato alla luce di quanto fin qui ricostruito.

Dalle superiori considerazioni emerge infatti che il soccorso in questione è stato conseguente non già ad una carenza di elementi, ma alla scarsa chiarezza degli stessi.

Tale conclusione consegue alla formazione del convincimento operata a seguito dell'esercizio dell'accesso, e della conseguente produzione in giudizio della relativa documentazione, il che neutralizza l'argomento del richiamo al predetto verbale.

La sovrapposizione fra *check list*, campioni e schede tecniche non consente – nel caso di specie, e per le considerazioni svolte - di ritenere violato il principio di immodificabilità dell'offerta.

Inoltre, sempre per escludere l'allegata dimensione sostanziale della pretesa violazione, deve osservarsi che l'errore materiale ha riguardato una percentuale infinitesimale dei prodotti oggetto della gara, e comunque ha riguardato tutti i concorrenti: il che se non rileva sul piano del divieto di *venire contra factum proprium*, rileva nel merito, avuto

riguardo alla complessità dell'oggetto dell'appalto, ed alla conseguente insussistenza dei presupposti per il rilievo del vizio denunciato, avuto riguardo anche ai principi di tassatività e di inequivocità delle cause di esclusione.

9. Infondato ad avviso del Collegio è anche il secondo motivo di appello, con cui è reiterata la censura di genericità della griglia di valutazione delle offerte tecniche contenuta nell'articolo 16 del Disciplinare e di assenza di “*criteri motivazionali*”, tali da impedire di comprendere l'*iter* logico-valutativo seguito dalla Commissione nell'attribuzione dei punteggi.

Al riguardo, giova richiamare il consolidato indirizzo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 giugno 2024, n. 5455; id., sez. V, 20 luglio 2023, n. 7111) secondo cui le scelte della stazione appaltante in ordine ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa la loro eventuale disaggregazione in sub-criteri, costituiscono espressione dell'ampia discrezionalità attribuitale dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico, e, come tali, sono sindacabili in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché siano macroscopicamente illogiche, irragionevoli e irrazionali e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 gennaio 2023, n. 211; id., sez. III, 18 giugno 2021, n. 4694; id., sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602; id., sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661; is., sez. V, 18 giugno 2015, n. 3105), tenuto conto che la causa della gara pubblica consiste nell'approvvigionare, mediante il più conveniente dei possibili contratti, l'Amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nell'interesse generale, e non nel mero mettere a disposizione delle imprese interessate un'occasione di lavoro da modulare sulle loro preferenze organizzative (cfr. Cons. Stato, sez. V,

27 ottobre 2022, n. 9249; id., 4 ottobre 2022, n. 8481; id., 2 marzo 2022, n. 1486; id., 20 aprile 2020, n. 2486).

Nel caso di specie, dalla lettura del citato articolo 16 del Disciplinare non emergono i suindicati profili di illogicità e irragionevolezza, né di scarsa trasparenza o comprensibilità, essendo chiaramente indicate le caratteristiche tecniche dei prodotti corrispondenti a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione; né giova alla tesi dell'appellante il richiamo ai requisiti minimi previsti da alcune disposizioni del Capitolato ed alla mancanza di “*premialità*” previste dalla *lex specialis* per gli stessi, non essendo in alcun modo condivisibile l'assunto consequenziale che il soddisfacimento dei detti requisiti avrebbe dovuto necessariamente comportare l'equivalenza e il riconoscimento del massimo punteggio per tutti i corrispondenti criteri di valutazione.

Al contrario risulta del tutto condivisibile l'assunto dell'appellata secondo cui detto soddisfacimento comportava soltanto l'ammissibilità delle offerte tecniche (*rectius*: la loro mancata esclusione per violazione dell'articolo 68 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), mentre è proprio nella differenza di punteggi tra le diverse offerte che si estrinseca la valutazione tecnico-discrezionale condotta dalla Commissione sulla qualità delle stesse.

10. Infondato è anche il terzo motivo di appello, reiterativo della censura di violazione dell'articolo 77, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, stante l'asserita incompatibilità di alcuni membri della Commissione aggiudicatrice, che si assume abbiano partecipato alla predisposizione degli atti di gara.

Al riguardo, anche dopo l'autorizzazione all'accesso agli atti del “*gruppo tecnico*” incaricato dall'Amministrazione di redigere gli atti di

gara (ed essendo rimasta sfornita di prova contraria l'affermazione, resa dall'Amministrazione sotto la propria responsabilità, dell'inesistenza di un formale provvedimento di nomina di tale gruppo tecnico), l'appellante non è riuscito a dimostrare che uno o più dei componenti la Commissione abbiano fatto parte dello stesso, essendo emerso solo che la redazione della *lex specialis*, e soprattutto dei successivi chiarimenti resi su quesiti delle imprese (chiarimenti i quali, peraltro, notoriamente non fanno parte della legge di gara e non possono né integrarla né modificarla), si è giovata dell'apporto di alcune figure tecniche presenti all'interno delle strutture sanitarie della A.S.L. e della loro esperienza.

Tanto premesso, nel senso dell'infondatezza del mezzo depongono gli indirizzi giurisprudenziali per cui l'incompatibilità in discorso opera soltanto con riferimento a soggetti che abbiano svolto funzioni rilevanti, quale la partecipazione alla materiale redazione degli atti di gara: laddove la mera appartenenza all'organico della stazione appaltante e il connesso svolgimento delle ordinarie mansioni richieste dal proprio ruolo sono irrilevanti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 gennaio 2021, n. 144).

Inoltre, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi, per predisposizione materiale della legge di gara deve intendersi non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'Amministrazione ai fini della valutazione delle offerte (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

Deve peraltro rilevarsi come l'Amministrazione – anche dopo la citata ordinanza n. 8831/2024 – non abbia osteso i *curricula* e le dichiarazioni di incompatibilità dei membri della Commissione.

Tale elemento tuttavia, se pur si concreta nell’obiettivo inadempimento di quanto disposto dal *dictum* giurisdizionale, di per sé non consente di modificare le superiori conclusioni, anche alla luce del fatto che l’appellante principale, salvo stigmatizzarlo nel presente giudizio a sostegno della fondatezza dei motivi di appello, non si è tuttavia attivata per ottenere l’esatta ottemperanza dell’ordinanza in materia di accesso.

11. Manifestamente infondata, poi, è la censura riproposta con il quarto motivo d’appello, secondo cui l’apertura delle buste informatiche “B”, contenenti le offerte tecniche, ai fini della verifica della consistenza e completezza della documentazione in esse contenuta, sarebbe avvenuta in seduta riservata anziché in seduta pubblica come prescritto dalla *lex specialis* di gara: tale assunto è smentito in fatto dalla documentazione versata in atti, che conferma la bontà della conclusioni raggiunte sul punto dal primo giudice.

In particolare:

11.1. dalla lettura del verbale del 6 ottobre 2022 (all. 16 depositato dalla controinteressata in primo grado in data 7 febbraio 2024) risulta *per tabulas* che in tale sede si procedette ad apertura e verifica delle buste “B” (e non, come sostenuto dall’appellante, di quelle contenenti la documentazione amministrativa che erano state già verificate nelle sedute precedenti, cui era seguito il soccorso istruttorio) ed a lettura in seduta pubblica dell’elenco dei *files*/documenti contenuti in ciascuna di esse, rimandando a successiva seduta riservata – come prescritto dalla legge di gara – l’esame e la valutazione degli stessi;

11.2. il problema dell’impossibilità di accedere alla piattaforma per mancanza di rete wi-fi, con conseguente necessità di recarsi in altro luogo e quindi scaricare i *files* su un PC, si pose nella successiva seduta

del 25 ottobre 2022 (all. 17), che era la seduta riservata nella quale – per l'appunto – la Commissione avrebbe dovuto cominciare l'esame delle offerte tecniche.

12. Infine, va respinto anche il motivo con cui è reiterata la censura di violazione dell'articolo 13 del Capitolato speciale, per avere il RUP illegittimamente modificato “in corsa” le regole e modalità della “prova in sala” prevista dalla detta disposizione, stabilendo che la stessa si svolgesse su manichino anziché su paziente.

Al riguardo, è sufficiente osservare che la disposizione *de qua*, pur parlando di “*simulazione*” dello *start-up* della fornitura, non contemplava in modo espresso le modalità di svolgimento della stessa (men che mai prevedendo che dovesse avvenire su paziente); conseguentemente, la comunicazione del RUP del 2 ottobre 2023 con cui si specificava che la prova sarebbe avvenuta su manichino, più che una modifica delle previsioni capitolari, ne costituiva una precisazione.

Pertanto, non è predicabile che sia stato leso un affidamento dei concorrenti i quali, sulla scorta di chiare e univoche previsioni della *lex specialis*, si erano organizzati e attrezzati per eseguire la prova su paziente (in disparte il fatto che, ove anche così fosse, l'istante avrebbe dovuto dimostrare se e in che modo la sua offerta, e solo essa, sarebbe stata pregiudicata da questa modifica delle regole di gara, e sotto quale profilo).

13. Dal rigetto delle esaminate censure discende altresì la reiezione della domanda di inefficacia del contratto di appalto, riproposta in coda all'appello principale, stante l'integrale reiezione dei motivi di impugnazione relativi agli atti della gara prodromica alla stipula del contratto.

14. L'infondatezza dell'appello principale e dei relativi motivi aggiunti esime il Collegio dallo scrutinio dell'appello incidentale, in ragione della sopravvenuta carenza d'interesse rispetto a tale gravame derivante dal ridetto esito del gravame principale.

L'appello incidentale va dunque dichiarato improcedibile, il che rende superfluo l'esame degli eventuali profili di inammissibilità dello stesso, pure segnalati alle parti all'udienza pubblica del 20 marzo 2025 ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm.

15. Per effetto delle superiori considerazioni l'appello principale ed i relativi motivi aggiunti devono essere respinti perché infondati.

L'appello incidentale deve essere invece dichiarato improcedibile.

Sussistono, nondimeno, giusti motivi legati alla peculiarità della vicenda sottesa al presente contenzioso per disporre, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a, l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale ed i relativi motivi aggiunti, e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere
Giovanni Pescatore, Consigliere
Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore
Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO