

Publicato il 26/10/2023

N. 09254/2023 REG.PROV.COLL.
N. 04443/2023 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 4443 del 2023, proposto dalla GE Medical Systems Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 909216109E, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Mania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale - Estar, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio,

nei confronti

della Aesse Medical S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marinella Baschiera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Toscana, Sezione III, 7 marzo 2023, n. 245, che ha: a) accolto il ricorso principale proposto da GE Medical Systems Italia S.p.a. proposto per l'annullamento della

determinazione del Direttore di Area del 14 giugno 2022, n. 864, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva nella procedura aperta *“per la stipula di un Accordo Quadro della durata di 48 mesi per la fornitura in acquisto ed in locazione quinquennale di ecotomografi cardiologici top di gamma da destinare alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana”*, indetta da Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale - Estar; b) accolto il ricorso incidentale proposto da Aesse Medical S.p.a.; c) respinto il ricorso incidentale proposto da GE Medical Systems Italia S.p.a.

Visto l'appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Aesse Medical S.p.a.;

Visto l'appello incidentale, proposto da Aesse Medical S.p.a., notificato in data 9 giugno 2023 e depositato il successivo 12 giugno;

Viste le memorie, depositate dalla GE Medical Systems Italia S.p.a. in date 1 ottobre 2023 e 6 ottobre 2023;

Viste le memorie, depositate dalla Aesse Medical S.p.a. in date 3 ottobre 2023 e 6 ottobre 2023;

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2023, il Cons. Giulia Ferrari e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in *Gazzetta* l'11 febbraio 2022 l'Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale - Estar ha indetto una procedura aperta *“per la stipula di un Accordo Quadro della durata di 48 mesi per la fornitura in acquisto ed in locazione quinquennale di 50 ecotomografi cardiologici, con correlata garanzia e assistenza tecnica full risk, da destinare alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana”* (CIG 909216109E).

Ai sensi dell'art. 3 del Disciplinare, nel caso di due offerte valide, i 50 ecotomografi sono ripartiti per il 70% (35 ecotomografi, di cui 18 in acquisto + 17 in locazione), alla prima migliore offerta; per il restante 30% (15

apparecchiature, di cui 7 in acquisto + 8 in locazione), alla seconda migliore offerta.

Alla gara hanno partecipato solo due concorrenti – la Aesse Medical S.p.a. (d'ora in poi, Aesse) e la GE Medical Systems Italia S.p.a. (d'ora in poi, GE) – classificatesi rispettivamente al primo posto con un totale di 97,55 punti e al secondo posto con un totale di 92,57 puntiti.

Con determina dirigenziale n. 864 del 14 giugno 2022 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del 70% della fornitura ad Aesse e del restante 30% a GE.

A seguito di accesso agli atti proposto da GE, quest'ultima ha ritenuto violate da Aesse alcune prescrizioni, tra cui quella di cui all'art. 15 del Capitolato che, nell'ambito delle caratteristiche del servizio di garanzia e assistenza tecnica, richiedeva al concorrente la dichiarazione di disponibilità “*a fornire idonea apparecchiatura sostitutiva*” per i casi di superamento dei tempi previsti dalla *lex specialis* nel ripristino o nella sostituzione delle apparecchiature. Aesse, al punto 4, ha barrato la casella “NO”, rifiutando espressamente di accettare una inderogabile condizione.

2. GE ha impugnato la graduatoria della gara dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Toscana, deducendo, tra l'altro, la sopravvalutazione della offerta tecnica di Aesse.

3. Aesse ha proposto ricorso incidentale, affermando, fra l'altro, che GE avrebbe dovuto essere esclusa per asserita violazione della “*Specifiche tecniche indicative*” allegate al Capitolato, nella parte in cui era richiesto di fornire un prodotto “*top di gamma, di ultima generazione (ultima release non antecedente il 2017), completamente digitale, dotato delle più avanzate tecnologie per l'esecuzione di esami cardiologici 2D/3D/4D, vascolari ed addominali avanzati su pazienti adulti, pediatrici e neonatali*”. GE ha offerto l'ecotomografo modello Vivid E90, che non può essere inteso come *top di gamma*, avendo la società in catalogo anche il modello Vivid E95, con prestazioni asseritamente superiori.

GE, a sua volta, ha presentato ricorso incidentale, deducendo l'infondatezza delle pretese avversarie e chiedendo, in via subordinata, l'annullamento delle specifiche tecniche allegate al Capitolato tecnico, nella parte in cui prevedeva un ecotomografo cardiologico “*top di gamma, di ultima generazione (ultima release non antecedente il 2017) ...*”, laddove l'espressione “*top di gamma*” dovesse essere intesa quale obbligo di offrire il modello più alto tra i sistemi in catalogo del concorrente; in tal caso, infatti, sarebbero violati i principi della libertà imprenditoriale e della massima partecipazione concorrenziale.

4. Con sentenza 7 marzo 2023, n. 245, la Sezione III del Tribunale amministrativo regionale Toscana ha: *a)* accolto il ricorso principale proposto da GE nella parte in cui ha lamentato l'illegittimità dell'offerta di Aesse rispetto alla specifica minima di cui all'art. 15 del Capitolato; *b)* accolto il ricorso incidentale proposto da Aesse nella parte in cui aveva eccepito la pretesa non conformità dell'offerta della Medica alle previsioni sul “*top di gamma*”; *c)* respinto il ricorso incidentale proposto da GE. Conseguentemente alla sentenza, entrambi i concorrenti sono stati esclusi dalla gara, che è così risultata deserta.

5. Con appello notificato in data 12 maggio 2023 e depositato il successivo 24 maggio GE ha impugnato la sentenza della Sezione III del Tribunale amministrativo regionale Toscana 7 marzo 2023, n. 245.

Il giudice di primo grado ha condiviso la prospettazione di Aesse secondo cui tali previsioni dovessero intendersi nel senso che, per partecipare alla gara, occorressero tre condizioni, ossia offrire un prodotto *a)* dotato delle caratteristiche tecniche prescritte in *lex specialis*; *b)* non antecedente il 2017 e *c)* anche del modello più alto fra quelli a disposizione nel portafoglio dell'operatore economico (così erroneamente declinando la locuzione “*top di gamma*”).

Per tale ragione, l'ecotomografo Vivid E90 offerto da GE, seppure provvisto di tutte le specifiche previste in *lex specialis* e seppure non antecedente l'anno

2017, non sarebbe tuttavia il *top* di gamma, in quanto risulta in catalogo anche il Vivid E95, con prestazioni asseritamente superiori.

Ad avviso di GE, si tratta di diciture a contenuto astratto e generico, che possono trovare una loro specificazione solo con l'indicazione di specifici requisiti tecnici. In assenza di tali indicazioni, non risulta invece possibile stabilire, con certezza, quali strumentazioni siano da ritenersi o meno di ultima generazione e *top* di gamma. Quindi, è solo attraverso le caratteristiche tecniche richieste dalla *lex specialis* che possono essere individuate le strumentazioni che l'Amministrazione ritiene di voler acquisire, con la conseguente possibile esclusione delle sole strumentazioni che non hanno tali caratteristiche. Nella specie, mentre il concetto di "*ultima generazione*" trovava la sua specificazione nella previsione per cui il prodotto non dovesse essere stato introdotto nel mercato prima del 2017, l'espressione "*top di gamma*", invece, non era precisata da alcuna indicazione.

Seguendo per ipotesi l'abnorme ragionamento di Aesse e del giudice di primo grado, prosegue GE, si giungerebbe al grave paradosso per cui un operatore economico, che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa con un prodotto conforme alle specifiche di gara, dovrebbe essere invece pretermesso perché in possesso di un modello ancora superiore a irragionevole favore di altro concorrente, partecipante con un'offerta peggiore, ma da preferire non per ragioni oggettive di qualità-prezzo, bensì solo perché avrebbe offerto il modello migliore nel proprio portafoglio.

In via gradata, Medical censura la sentenza del Tar Toscana nella parte in cui ha respinto la *riconventio riconventionis*, con la quale è stata impugnata la *lex specialis* per sopravvenuta lesività, laddove si fosse ritenuto che la stazione appaltante avesse indirettamente inteso riferire il concetto generico di "*top di gamma*" al modello più alto nel catalogo dell'offerente. In tale ipotesi, infatti, la clausola sarebbe del tutto sproporzionata, discriminatoria e irrazionale, insomma abnorme, perché turberebbe tutti i meccanismi concorrenziali e di evidenza pubblica.

GE, inoltre, censura la sentenza del Tar Toscana che ha omesso di scrutinare il motivo concernente la violazione dell'obbligo del *clare loqui*, poiché si tratterebbe di una fattispecie espulsiva espressa in modo implicito o comunque ambiguo, vieppiù alla luce del chiarimento fornito dalla stessa stazione appaltante in senso completamente (e correttamente) opposto a quanto oggi preteso da Aesse.

Solo in via del tutto prudenziale e cautelativa, GE ripropone gli altri motivi non esaminati dal Tar Toscana, perché assorbiti in conseguenza della disposta esclusione di Aesse, con i quali GE ha chiesto l'esclusione di quest'ultima o comunque il ribaltamento della graduatoria di gara.

6. L'Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale – Estar non si è costituito in giudizio.

7. Si è costituita in giudizio la Aesse Medical S.p.a., che ha affermato l'infondatezza dell'appello.

8. Con appello incidentale, notificato in data 9 giugno 2023 e depositato il successivo 12 giugno, la Aesse Medical S.p.a. ha dedotto l'erroneità della sentenza del Tar Toscana che ha accolto il primo motivo di ricorso della GE ritenendo che l'omessa dichiarazione della disponibilità alla consegna da parte di Aesse di una apparecchiatura di *backup*, cioè destinata a sostituire quella offerta in caso di guasti non riparabili nei tempi previsti, ne comportasse l'esclusione dalla gara. Tale apparecchiatura di *backup* sarebbe prescritta dagli artt. 15 e 16 del Capitolato prestazionale e la comminatoria di esclusione sarebbe contenuta nell'art. 11 dello stesso Capitolato. Secondo la sentenza, non sussisterebbe alcun tipo di incertezza nella regolamentazione di gara che possa indurre a dare applicazione al principio del *favor participationis* e a ritenere ammissibile l'offerta di Aesse, pur in presenza di un esplicito rifiuto di fornire l'apparecchiatura sostitutiva. Tale capo di sentenza risulta sicuramente erroneo poiché gli atti di gara contenevano una serie di previsioni che, se non militano in senso radicalmente opposto a quanto sostenuto nell'appellata sentenza, quanto meno devono considerarsi ambigue, soprattutto alla luce del

fatto che il questionario tecnico allegato agli atti di gara, che i concorrenti erano chiamati a compilare, consentiva di scegliere se fornire o meno l'apparecchio di *backup*, poiché ai concorrenti era richiesto di barrare la casella “SI” oppure “NO”; onde i concorrenti potevano essere tratti in inganno sulla effettiva necessità di fornire la macchina di *backup*. In questo quadro, la stazione appaltante avrebbe dovuto applicare il principio del *favor participationis*. Ad avviso di Aesse le menzionate previsioni degli atti di gara debbano leggersi nel senso della non obbligatorietà della fornitura di un dispositivo sostitutivo e, in ipotesi subordinata, come esse siano quanto meno ambigue, con conseguente applicazione del menzionato principio del *favor participationis*.

In via gradata Aesse ripropone gli altri motivi non esaminati dal Tar Toscana, perché assorbiti.

9. Alla pubblica udienza del 19 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa l'Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale - Estar ha indetto una procedura aperta “*per la stipula di un Accordo Quadro della durata di 48 mesi per la fornitura in acquisto ed in locazione quinquennale di 50 ecotomografi cardiologici, con correlata garanzia e assistenza tecnica full risk, da destinare alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana*” (CIG 909216109E).

La procedura di gara è stata impugnata dalla seconda graduata, la GE Medical Systems Italia S.p.a. (d'ora in poi, GE) – al quale è stata aggiudicata il 30% della fornitura – per avere la prima graduata, Aesse Medical S.p.a. (d'ora in poi, Aesse), dichiarato di non essere disponibile “*a fornire idonea apparecchiatura sostitutiva*” per i casi di superamento dei tempi previsti dalla *lex specialis* nel ripristino o nella sostituzione delle apparecchiature

Aesse ha interposto appello incidentale affermando, fra l'altro, che GE avrebbe dovuto essere esclusa per asserita violazione della “*Specifiche tecniche indicative*” allegate al Capitolato Speciale d'Appalto, nella parte in cui era

richiesto di fornire un prodotto “*top di gamma, di ultima generazione (ultima release non antecedente il 2017), completamente digitale, dotato delle più avanzate tecnologie per l'esecuzione di esami cardiologici 2D/3D/4D, vascolari ed addominali avanzati su pazienti adulti, pediatrici e neonatali*”. GE ha offerto l'ecotomografo modello Vivid E90, che non può essere inteso come *top di gamma*, avendo la società in catalogo anche il modello Vivid E95, con prestazioni asseritamente superiori. GE ha quindi, a sua volta, proposto ricorso incidentale per l'ipotesi in cui il riferimento al “*top di gamma*” dovesse essere inteso quale obbligo di offrire il modello più alto tra i sistemi in catalogo del concorrente.

Il Tar Toscana, con l'impugnata sentenza 7 marzo 2023, n. 245, ha accolto sia il ricorso principale di GE che quello incidentale di Aesse, con la conseguenza che la gara, alla quale avevano partecipato solo due concorrenti, è stata annullata.

In appello entrambe le parti hanno censurato la sentenza riproponendo in chiave critica i motivi dedotti in primo grado, ivi compresi quelli assorbiti dal Tar Toscana.

2. Principiando l'esame dall'appello principale, con il primo motivo GE censura l'erroneità della sentenza del Tar Toscana nella parte in cui ha giudicato fondato il secondo motivo del ricorso incidentale proposto da Aesse ritenendo che per partecipare alla gara occorressero tre condizioni, ossia offrire un prodotto: *a) dotato delle caratteristiche tecniche prescritte in lex specialis; b) non antecedente il 2017 e c) del modello più alto fra quelli a disposizione nel portafoglio dell'operatore economico (così erroneamente declinando la locuzione “top di gamma”)*.

L'ecotomografo Vivid E90 offerto da GE, seppur non antecedente l'anno 2017, – non essendo “*top di gamma*” perché la società in catalogo annovera il modello superiore Vivid E95 – non è stato ritenuto idoneo, con conseguente esclusione dalla gara della concorrente.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Chiarisce il Capitolato Speciale d'Appalto, all'art. 1, che *“La finalità della fornitura in oggetto è l'acquisizione in acquisto ed in locazione quinquennale F.R. di ecotomografi cardiologici 'top di gamma' da destinare alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana”*; prosegue all'art. 1.1. che *“Oggetto della procedura è la conclusione di un Accordo Quadro della durata di 48 mesi per la fornitura in acquisto ed in locazione quinquennale di ecotomografi cardiologici 'top di gamma’”*.

Anche il Disciplinare, nell'individuare l'oggetto dell'affidamento, fa riferimento (art. 3 - Oggetto dell'appalto, fabbisogni, quadro economico) alla *“ ... fornitura in acquisto ed in locazione quinquennale di n. 50 ecotomografi cardiologici 'top di gamma' da destinare alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana”*.

Le Specifiche Tecniche Indicative allegate al Capitolato Speciale d'Appalto chiariscono che il riferimento al *“top di gamma”* è nel senso che l'apparecchio dovrà essere *“di ultima generazione (ultima release non antecedente il 2017)”* e *“il sistema dovrà possedere le caratteristiche più avanzate tra quelle poste in commercio dalla ditta proponente per il settore diagnostico oggetto del Capitolato”*.

La stazione appaltante ha quindi ben individuato i due requisiti - non alternativi tra loro - che deve possedere l'ecotomografo cardiologico, e cioè essere: *a)* di ultima generazione (ultima *release* non antecedente il 2017) e *b)* possedere le caratteristiche più avanzate tra quelle poste in commercio dalla ditta proponente per il settore diagnostico oggetto del Capitolato.

La portata espressa della *lex specialis* di gara porta a superare la richiesta - avanzata da GE durante la discussione orale della causa all'udienza di trattazione del merito - relativa alla individuazione, da parte del Collegio, della esatta portata del termine *“top di gamma”*, avendo la stazione appaltante chiarito nella specie cosa intendesse con tale *“qualità”*.

I requisiti (*id est*, essere l'ecotomografo cardiologico *a)* di ultima generazione e *b)* in possesso delle caratteristiche più avanzate tra quelle poste in commercio dalla ditta proponente per il settore diagnostico oggetto del Capitolato) non sono manifestamente illogici, così come non è illogico prevedere il possesso di entrambi, stante la necessità della stazione appaltante di avere un prodotto

uscito sul mercato non prima di una certa data (nella specie, 2017) e che sia comunque “*top di gamma*”, nel senso che tra i macchinari, prodotti dall’operatore economico che partecipa alla gara dopo il 2017, sia quello più all’avanguardia perché dotato delle “*caratteristiche più avanzate tra quelle poste in commercio dalla ditta proponente per il settore diagnostico oggetto del Capitolato*”.

Da rilevare che l’importanza connessa dalla stazione appaltante al requisito “*top di gamma*” è dimostrata dalla circostanza che lo stesso compare financo nella denominazione che è stata data alla procedura: “*Accordo Quadro della durata di 48 mesi per la fornitura in acquisto ed in locazione quinquennale di ecotomografi cardiologici top di gamma da destinare alle Aziende Sanitarie della Regione Toscana*”.

4. La previsione delle Specifiche Tecniche Indicative – che del Capitolato Speciale d’Appalto costituisce parte integrante – pare contraddetta dal Chiarimento n. 26 reso dalla stazione appaltante in corso di gara, al quale si richiama l’appellante principale per corroborare la propria tesi difensiva secondo cui non sarebbe richiesta l’offerta di un prodotto *top di gamma*.

Il Chiarimento n. 26 afferma, infatti, che “*Non è richiesto che sia offerto ‘il modello più alto tra i sistemi in catalogo di fascia top prodotti dal partecipante al momento della partecipazione’. Si confermano le specifiche tecniche*”.

Rileva il Collegio che il Chiarimento non può che recedere a fronte della diversa previsione del capitolato di gara.

E’, infatti, principio pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo che i Chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso della procedura di gara sono ammissibili purché non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni della procedura selettiva (Cons. St., sez. V, 7 settembre 2022, n. 7793; id., sez. III, 7 gennaio 2022, n. 64; id., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978; id., sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74; id. 20 aprile 2015, n. 1993; id., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154). I Chiarimenti della stazione

appaltante possono, infatti, costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione spiega la propria volontà provvedimentale (Cons. St., sez. III, 7 febbraio 2018, n. 781), meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 290; id., sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341): ciò è tuttavia consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le chiarificazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite (Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1889), in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono (Cons. St., sez. V, 5 settembre 2023, n. 8176; id., sez. III, 28 settembre 2020, n. 5708).

I Chiarimenti non sono invece ammissibili allorché, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle né integrarle, assumendo le previsioni della legge di gara carattere vincolante per la Commissione giudicatrice (Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441); dette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante.

Con i chiarimenti non sono, dunque, possibili operazioni manipolative, potendo essi solo contribuire, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la *ratio*, violandosi altrimenti il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6026).

Tutto ciò premesso, il primo motivo di appello non è suscettibile di positiva valutazione atteso che l'apparecchio offerto da GE risponde solo alla prima

delle due condizioni sopra indicate, perché non è il modello più avanzato, avendo la società prodotto il modello superiore Vivid E95. A fronte della chiara previsione della legge di gara, l'offerta della GE avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, in applicazione del principio secondo cui le clausole della *lex specialis* di gara vincolano la stessa stazione appaltante, che non può non applicarle salvo ad agire in autotutela. Tale principio, posto a tutela dell'affidamento dei partecipanti, della *par condicio* dei concorrenti e dell'esigenza della più ampia partecipazione, incontra la sola deroga della possibilità per l'Amministrazione di discostarsi legittimamente in via di interpretazione dalle norme della *lex specialis* solo in presenza di una sua obiettiva incertezza (Cons. St., sez. III, 6 ottobre 2023, n. 8705; id. 28 giugno 2019, n. 4459; id., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6132; id., sez. III, 18 giugno 2018, n. 3715).

5. GE contesta che il modello di macchinario offerto sia qualitativamente inferiore a quello indicato come primo nel catalogo.

Al fine del decidere sul punto occorre mettere a confronto le descrizioni dei due modelli.

Vivid E95 Ultra Edition è il nuovo ecografo cardiologico di GE “*progettato per offrire qualità dell'immagine senza compromessi, visualizzazione avanzata, misurazioni 2D e 4D semplici e automazione di attività di routine con funzionalità di quantificazione all'avanguardia anche per i casi più complessi*”.

Invece, “*Vivid E90 Ultra Edition offre qualità delle immagini senza compromessi, automazione delle attività ripetitive e misurazioni intuitive e all'avanguardia in 2D per un'ampia gamma di pazienti, dagli esami di routine a quelli più complessi*”.

Di immediata evidenza che mentre nel modello Vivid E95 il Modulo 4D è incorporato, nel Modulo E90 è elemento opzionale, che può essere incluso al Modello base.

Ponendo a confronto le due illustrazioni si colgono altre differenze, quali, nel Vivid E95 la “*funzionalità di quantificazione all'avanguardia, anche per i casi più complessi*”.

Che i due modelli non possono che avere differenze tra loro e che il Vivid E95 sia più performante appare conclusione che risponde anche a canoni di logica.

Un operatore economico non può mettere sul mercato due prodotti che siano pressoché identici tra loro; non sarebbe commercialmente una decisione produttiva di guadagni - e chi opera sul mercato persegue sempre gli utili - e sarebbe male accolta dal mercato, che pagherebbe un prodotto (Vivid E95) ad un prezzo superiore ad altro prodotto (Vivid E90) per avere pressoché le stesse prestazioni.

L'affermazione di GE secondo cui anche Vivid E90 può annoverarsi tra i prodotti "*top di gamma*" non è supportata da sufficienti prove, ancora più necessarie per spiegare la differenza di prezzo dei due modelli sul mercato.

Per tutte le ragioni sopra esposte il primo motivo dell'appello principale non è suscettibile di positiva valutazione.

6. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche il secondo motivo, proposto in via gradata, con il quale si deduce l'erroneità della sentenza che ha respinto la *riconventio riconventionis*.

Come si è detto, la *lex specialis* di gara – nella parte in cui richiede di fornire il modello di macchinario "*top di gamma*" – non appare illogica, rispondendo – di contro – ad una lodevole volontà della stazione appaltante di rifornire le Aziende sanitarie di macchinari all'avanguardia e, dunque, di impegnare le risorse economiche per acquistare o prendere in locazione gli Ecotomografi Cardiologici più performanti sul mercato.

Il Collegio condivide le conclusioni alle quali è prevenuta la giurisprudenza del giudice amministrativo in ordine alla circostanza che la semplice prescrizione di gara di presentare prodotti "*di ultima generazione*" non possa essere automaticamente intesa nel senso di imporre l'obbligo di fornire sempre il prodotto di più recente produzione e/o immissione sul mercato, a tal fine occorrendo che la *lex specialis* ciò stabilisca con clausole ulteriori ed espresse. Tale condizione, come si è visto, ricorre nel caso all'esame del Collegio, nel

quale la legge di gara contiene prescrizioni che si ritiene non siano manifestamente illogiche e, quindi sindacabili da questo giudice, essendo espressione tipica della discrezionalità (tecnica) attribuita dall'Amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico assegnato alla sua cura; ad essa non può sostituirsi l'attività del giudizio in virtù del fondamentale principio della separazione dei poteri.

La prescrizione del Capitolato non costituisce una previsione anticoncorrenziale, limitandosi a chiedere ad ogni concorrente di partecipare alla gara con i macchinari più performanti tra quelli contenuti nel proprio catalogo; del resto la stessa GE era in possesso di un apparecchio superiore a quello offerto ed è stato solo per una propria strategia imprenditoriale che ha deciso di non offrire il macchinario di livello prestazionale superiore.

Rileva ancora il Collegio che nel sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, scelto dalla stazione appaltante per l'affidamento dell'appalto, la qualità del prodotto richiesto dal Capitolato incide non solo sull'offerta tecnica ma anche su quella economica.

La stazione appaltante ha chiesto agli operatori di offrire il prodotto “*top di gamma*” del proprio campionario. Trattandosi del prodotto tecnologicamente più performante, il prezzo dello stesso dovrebbe essere superiore; offrire un prodotto meno caro perché non “*top di gamma*” finisce per incidere sull'offerta economica assicurando all'operatore economico un indebito vantaggio nella selezione.

7. Privo di pregio è anche il motivo con il quale si deduce l'erroneità della sentenza del giudice di primo grado che avrebbe omesso di scrutinare il motivo concernente la violazione dell'obbligo del *clare loqui*, con conseguente vizio di omessa pronuncia.

Trova infatti applicazione la giurisprudenza consolidata del giudice di appello (Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711; id. 17 ottobre 2017, n. 4796) – che la Sezione condivide e fa propria – secondo cui l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione

costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112 c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo (Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 98) con il correttivo a più riprese affermato, secondo il quale l'omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile (Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009).

Peraltro, l'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un *error in procedendo*, tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado *ex art. 105, comma 1, c.p.a.*, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711; *id.* 17 ottobre 2017, n. 4796).

Non rientrando l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado su un motivo del ricorso, nei casi tassativi di annullamento con rinvio, ne consegue che, in forza del principio devolutivo (art. 101, comma 2, c.p.a.), il Consiglio di Stato decide, nei limiti della domanda riproposta, anche sui motivi di ricorso non affrontati dal giudice di prime cure (Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2017, n. 6158).

8. Passando all'esame del motivo, afferma GE che la clausola della legge di gara che introduce una previsione espulsiva avrebbe dovuto essere scritta in termini inequivocabili, mentre è stata espressa in modo implicito e, comunque, ambiguo anche alla luce del Chiarimento n. 26.

Richiamando quanto già affermato (*sub* 4) in merito alla portata del Chiarimento n. 26, ritiene il Collegio che sia il Capitolato Speciale d'Appalto che il Disciplinare siano stati chiari nel richiedere che il macchinario offerto dovesse essere nel "*top di gamma*".

Come si è detto *sub* 3, l'importanza - e l'inequivocabilità - di tale prescrizione si desume anche dalla denominazione data alla procedura, nella quale accanto all'individuazione dei macchinari oggetto della fornitura (ecotomografi cardiologici) si accompagna la precisazione che debbano essere "*top di gamma*".

9. Con gli ulteriori motivi dell'appello principale la GE ripropone le censure assorbite dal giudice di primo grado perché anch'esse volte all'esclusione dalla gara di Aesse o comunque ad una modifica della graduatoria, risultati questi già raggiunti con l'accoglimento, da parte del Tar Toscana, del primo motivo del ricorso principale.

Per ragioni di economia processuale il Collegio ritiene, dunque, di dare la priorità all'esame dell'appello incidentale, proposto da Aesse per la riforma della sentenza del Tar Toscana nella parte in cui ha accorto il ricorso principale e, per l'effetto, ha escluso dalla gara (anche) l'offerta di Aesse.

10. Con il primo motivo dell'appello incidentale Aesse afferma l'erroneità della sentenza del Tar Toscana che ha accolto il primo motivo di ricorso della GE ritenendo che l'omessa dichiarazione della disponibilità alla consegna da parte di Aesse di una apparecchiatura di *backup*, cioè destinata a sostituire quella offerta in caso di guasti non riparabili nei tempi previsti, ne comportasse l'esclusione dalla gara.

Aesse, infatti, aveva barrato la casella "NO" nel Questionario tecnico allegato all'offerta, alla voce "*Disponibilità alla consegna di apparecchiatura sostitutiva nel caso di impossibilità nel garantire il rispetto del tempo di risoluzione del guasto*".

Il motivo è fondato e deve essere accolto.

La disciplina di gara non è sul punto di esemplare chiarezza, riportando gli artt. 15, 16 e 17 del Capitolato Speciale d'Appalto, nella parte relativa al Capitolato Tecnico-Prestazionale, previsioni *prima facie* contrastanti tra loro.

L'art. 15 (Manutenzione correttiva – MC), al comma 9, prevede che “... dovranno essere comunque sempre garantiti i tempi di ripristino o sostituzione di cui al presente Capitolato Speciale d'Appalto, qualora si superino detti tempi la Ditta dovrà provvedere a fornire idonea apparecchiatura sostitutiva, salvo diversi accordi con il Dec”.

Il successivo art. 16 (Tempi di svolgimento del servizio), che disciplina il servizio di manutenzione degli apparecchi, al comma 3 dispone che “Qualora non sia possibile rispettare le tempistiche previste, la Ditta dovrà darne tempestiva comunicazione al DEC che adotterà le necessarie determinazioni, comprendenti eventualmente anche deroghe a dette tempistiche ove ciò sia motivato da oggettive esigenze tecniche ed organizzative. In assenza di tali comunicazioni/accordi con il DEC o suo delegato, i tempi suddetti devono essere rispettati e le eventuali inadempienze daranno luogo alle penali previste”; al successivo comma 7 prevede che “Nel caso non fosse possibile garantire il ripristino dell'efficienza dell'apparecchiatura guasta nei tempi previsti nel presente articolo, la Ditta dovrà fornire su richiesta, senza ulteriori oneri economici, un apparecchio sostitutivo di equivalenti prestazioni per tutto il periodo occorrente alla riparazione. Tale apparecchio sostitutivo dovrà essere fornito sotto la responsabilità della Ditta per quanto riguarda la sicurezza ed il corretto funzionamento dello stesso, dovranno essere consegnati i manuali d'uso ed effettuata la formazione sul corretto utilizzo se necessario. Qualora per la natura dell'apparecchiatura ciò non sia materialmente possibile, la Ditta dovrà adottare le soluzioni adeguate per garantire comunque il servizio, concordandole con il DEC.”.

Infine, l'art. 17, al comma 5, prevede che “Qualora l'intervento non sia risolutivo, dovrà esserne data immediata comunicazione al Referente di reparto ed al Servizio di Ingegneria Clinica (SIC) evidenziando la non utilizzabilità dell'apparecchio. In tale circostanza è dovere del tecnico della Ditta apporre sull'apparecchio, se resa disponibile dal SIC, la prevista etichetta oppure una chiara indicazione di 'fuori uso temporaneo'. Nel caso in cui il tempo di ripristino sia superiore a 2 giorni, secondo le definizioni precedenti, la Ditta si impegna a fornire per l'intera durata del contratto gratuitamente un apparecchio sostitutivo con caratteristiche analoghe o superiori a quello inserito in contratto fino all'avvenuta ripristino dell'apparecchio in riparazione”.

La contraddittorietà tra tali previsioni si rinviene perché da una parte si richiede l'impegno a fornire il macchinario di ricambio nel caso non sia possibile il ripristino nei tempi previsti, con disposizione che pare essere imperativa (artt. 15 e 17, comma 5); dall'altra si individua un rimedio per l'eventualità che non sia possibile portare il macchinario di ricambio (art. 16, comma 7, ultimo alinea). È prevista, dunque, l'ipotesi in cui il macchinario guasto non sia sostituibile e ciò fa venire meno la configurabilità di un obbligo di sostituzione "sempre e comunque". Diversamente da quanto afferma GE, non rileva a quale ipotesi si riferisca il comma 7 dell'art. 16, essendo assorbente la considerazione che è comunque ammessa la non sostituibilità.

A favore della tesi di Aesse milita anche, da un lato, l'assenza di una espressa previsione che l'offerta del macchinario di ricambio fosse a "pena di esclusione"; dall'altro la previsione, nel Questionario tecnico allegato all'offerta, di barrare – tra le due alternative SI e NO – la risposta NO, alternativa che non sarebbe configurabile se la previsione fosse stata a pena di inammissibilità dell'offerta. In altri termini, anche il Questionario avrebbe indotto in errore prevedendo la possibilità di dichiarare di non essere disponibili alla consegna di apparecchiatura sostitutiva nel caso di impossibilità nel garantire il rispetto del tempo di risoluzione del guasto.

L'ambiguità delle previsioni della *lex specialis* di gara ha, in ogni caso, indotto in errore il concorrente.

A fronte di tale ambiguità il Collegio ritiene che trovi applicazione il principio, consolidato nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, *ex* artt. 1362 e 1363 cod. civ.; conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione;

soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole al concorrente; tanto a maggior ragione quando trattasi di clausole che possono condurre all'esclusione dell'offerta, a fronte del criterio del *favor participationis*, per il quale a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589; id. 29 novembre 2022, n. 10491; id., sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9415; id., sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481; id. 2 marzo 2022 n.1486; id. 6 agosto 2021, n. 5781; id. 8 aprile 2021, n. 2844; id. 8 gennaio 2021, n. 298; id., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7345; id. 15 febbraio 2021, n. 1322; id., sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1447; id., sez. V, 27 maggio 2014, n. 2709).

Nel caso all'esame del Collegio le disposizioni del Capitolato vanno interpretate nel senso di offrire al concorrente la possibilità di scegliere tra assumere l'onere di riparare il macchinario nei termini previsti oppure sostituire l'apparecchio non funzionante. Chi si assume il rischio della riparazione non ha l'obbligo di prevedere un "muletto" dell'ecotomografo cardiologico e, quindi, nel Questionario tecnico allegato all'offerta, alla voce "*Disponibilità alla consegna di apparecchiatura sostitutiva nel caso di impossibilità nel garantire il rispetto del tempo di risoluzione del guasto*", correttamente barra "NO".

11. L'accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale proposto da Aesse fa rivivere l'interesse allo scrutinio dei motivi dell'appello principale, con i quali si ripropongono le censure assorbite dal Tar Toscana.

Afferma GE che l'offerta di Aesse avrebbe dovuto essere esclusa perché il prodotto opzionale "Sonda Settoriale Elettronica a Larga banda S12-4" non risponde ai requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara per la sonda, *id est* "*Phased array transtoracica per applicazione cardiologica su paziente neonatale per esami in modalità 2D, Doppler CW/PW, 2D su più piani, TDP*". Si tratta di una sonda transtoracica per esami cardiologici su paziente neonatale, di tipo elettronico

(*phased array*), in grado di effettuare, oltre agli esami in tecniche *standard* come 2D e Doppler CW/PW, anche scansioni 2D su più piani.

La sonda offerta da Aesse, ad avviso di GE, sarebbe in grado di lavorare solo in 2D, ma non anche in 2D su più piani; consente di eseguire esami spostando e orientando manualmente la sonda su più piani, come fa qualsiasi sonda, ma questo non consente di visualizzare più piani contemporaneamente. La sonda offerta da Aesse sarebbe, dunque, un trasduttore ecografico tradizionale e non multiplanare o volumetrico, come invece richiesto dal Capitolato di gara. Non sarebbe possibile neanche invocare il principio di equipollenza, trattandosi di difformità anche da un punto di vista funzionale, e ciò in quanto la sonda in questione consente di eseguire l'esame cardiaco su un paziente neonatale per via transtoracica, ma non garantisce gli stessi risultati in termini diagnostici e di facilità e tempi di esecuzione dell'esame che si ottengono con una sonda che acquisisce più piani 2D.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Gli articoli opzionari devono essere necessariamente offerti e quotati nella offerta economica ma non sono oggetto di valutazione tecnica da parte della Commissione; la *lex specialis* non prevede requisiti minimi a pena di esclusione.

12. Con ulteriore motivo GE lamenta l'erronea attribuzione dei punteggi a favore di Aesse la cui offerta tecnica sarebbe stata sopravvalutata da parte della Commissione giudicatrice con riferimento ai “*connettori dei trasduttori?*”, al “*Dynamic range?*” e al “*Frame rate?*”.

Quanto ai “*connettori dei trasduttori?*” afferma GE che illegittimamente Aesse ha ottenuto tre punti, pur offrendo un connettore che non si avvale della tecnologia a circuito stampato ed è dotato di pin di connessione.

Va in primo luogo chiarito che la censura deve essere parametrata nei confini in cui è stata posta in primo grado, non essendo ammissibile l'introduzione di profili nuovi, neanche giustificabili con la necessità di replicare alla decisione del Tar che, come si è detto, su tale censura non ha pronunciato.

La prima censura dedotta con il terzo motivo non è fondata atteso che i connettori offerti dalla controinteressata possiedono la tecnologia “*virtually pinless*” con connessione a circuito stampato, equivalente a quanto richiesto dal bando ai fini dell’attribuzione dei 3 punti premiali.

Con una seconda censura, anch’essa dedotta con il terzo motivo, GE lamenta che alle due concorrenti sarebbe stato attribuito, del tutto irragionevolmente, uno stesso punteggio premiale (7 punti) per i parametri “*Dynamic range*” (in un dispositivo elettronico che riproduce segnali a radiofrequenza tale caratteristica indica l’estensione delle frequenze rappresentabili) e “*Frame rate*” (tale caratteristica indica la frequenza con la quale un dispositivo è in grado di riprodurre immagini singole e consecutive), nonostante l’offerta di GE fosse decisamente migliore; correttamente ad Aesse avrebbe dovuto essere attribuito il punteggio di 4,2, avendo la stessa offerto un’apparecchiatura “*dotata di valori di dynamic range e frame rate inferiori di ben oltre la metà*”.

La censura è inammissibile, non essendo superata la prova di resistenza, necessaria per dimostrare la sussistenza di un concreto interesse al suo esame. La c.d. prova di resistenza è, infatti, un corollario del generale principio dell’interesse ad agire (Cons. Stato, sez. III, 30 marzo 2017, n. 1489).

Nella graduatoria finale Aesse si è posizionata al primo posto con 97,55 punti; GE al secondo posto con 92,57 punti. Lo scarto tra le 2 concorrenti è di 4,98 punti. Sottraendo al punteggio di 97,55 conseguito da Aesse punti 2,8 - pari alla differenza tra i 7 punti assegnati dalla Commissione per i parametri “*Dynamic range*” e “*Frame rate*” e quelli che, ad avviso di GE, avrebbero dovuto essere correttamente attribuiti (4,2) – si ottiene un punteggio pari a 94,75, comunque superiore rispetto a quello conseguito da GE (92,57).

13. Per tutte le ragioni che precedono: *a)* l’appello principale deve essere respinto; *b)* l’appello incidentale deve essere accolto, con conseguente riforma parziale della sentenza del Tar Toscana, Sezione III, 7 marzo 2023, n. 245.

In considerazione della complessità della vicenda contenziosa, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese e degli onorari del

doppio grado di giudizio; nulla per le spese del giudizio di appello nei confronti dell'Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale – Estar, non costituitosi in giudizio.

P.Q.M.

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

- a) respinge l'appello principale;
- b) accoglie l'appello incidentale e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tar Toscana, Sezione III, 7 marzo 2023, n. 245, respinge il ricorso di primo grado proposto da GE Medical Systems Italia S.p.a.

Compensa le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio; nulla per le spese del giudizio di appello nei confronti dell'Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale – Estar, non costituitosi in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO