

APPALTI - FORNITURA SISTEMA PER LAPAROSCOPIA - AGGIUDICAZIONE - PRINCIPIO DELL'EQUIVALENZA - PROVA FORNITORE - APPLICAZIONE PRINCIPIO EQUIVALENZA

In base al principio dell'equivalenza e del *favor participationis*, l'offerente può provare con qualsiasi mezzo la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*, sempre che la stazione appaltante sia nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza. La Commissione di gara può valutarne la rispondenza anche implicitamente, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile l'equivalenza del prodotto a quello previsto dalla *lex specialis*.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 8315/2021

Publicato il 13/12/2021

N. 08315/2021REG.PROV.COLL.

N. 05464/2021 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 5464 del 2021, proposto da Carlo Bianchi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Simone Uliana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Valtellina e dell'Alto Lario, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gabriella Battaglioli e dall'Avvocato Vittoria Luciano, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

nei confronti

Mida Tecnologia Medica s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Pio Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza n. 1269 del 24 maggio 2021 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sez. II, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante, Carlo Bianchi s.r.l., contro la determinazione n. 209 del 17 febbraio 2021 del Dirigente Responsabile dell'U.O.C. Approvvigionamenti dell'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valtellina e dell'Alto Lario e delle determinazioni, in essa contenute, con cui la predetta amministrazione sanitaria ha definitivamente aggiudicato a Mida Tecnologia Medica s.p.a. la gara d'appalto avente ad oggetto *«l'affidamento, ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) d.lgs 50/2016 per l'acquisto di n. 1 sistema per videolaparoscopia con fluorescenza destinato alla UOC di chirurgia generale del Presidio di Sondrio»*.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Valtellina e dell'Alto Lario e della controinteressata Mida Tecnologia Medica s.p.a.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Consigliere Massimiliano Noccelli e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso notificato in data 18 marzo 2021 e depositato in pari data avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano (da qui in poi, per brevità, il Tribunale), l'odierna appellante Carlo Bianchi s.r.l. ha impugnato, unitamente agli atti presupposti e connessi, la determinazione n. 209 del 17 febbraio 2021 del Dirigente Responsabile dell'U.O.C. Approvvigionamenti dell'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valtellina e dell'Alto Lario (di qui in avanti, per brevità, anche solo A.S.S.T. o l'Azienda) e delle determinazioni in essa contenute, con cui la predetta amministrazione sanitaria ha definitivamente aggiudicato la gara d'appalto avente ad oggetto l'«*affidamento, ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) d.lgs 50/2016, per l'acquisto di n. 1 sistema per videolaparoscopia con fluorescenza destinato alla UOC di chirurgia generale del Presidio di Sondrio*» (C.I.G. 8412100C83) alla società Mida Tecnologia Medica s.p.a. (di qui in avanti, per brevità, solo Mida).

1.1. L'Azienda ha avviato in data 21 luglio 2020, tramite manifestazione di interesse su piattaforma Sintel, una gara, da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti per la qualità e 30 punti per il prezzo), per l'«*affidamento, ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) d.lgs. 50/2016, per l'acquisto di n. 1 sistema per videolaparoscopia con fluorescenza destinato alla UOC di chirurgia generale del Presidio di Sondrio*», con una base d'asta pari ad € 106.000,00, oltre I.V.A.

1.2. Il capitolato tecnico ha previsto dei requisiti tecnici "di minima" tassativi che ciascun singolo componente del sistema offerto in gara avrebbe dovuto possedere.

1.3. All'esito delle operazioni di selezione, tra cui una prova tecnico-pratica, si è collocata al primo posto della graduatoria l'odierna controinteressata, la già citata Mida, che ha conseguito un punteggio totale pari a 100 punti (70 punti per la qualità e 30 punti per il prezzo), mentre l'odierna appellante si è classificata seconda con un totale di 92,50 punti (67 punti per la qualità e 25,50 punti per il

prezzo), seguita poi da Movi s.p.a. (con complessivi 85,62 punti) e da Arthrex Italia s.r.l. (con complessivi 75,52 punti)

1.4. Eseguiti controlli di rito, la gara è stata aggiudicata definitivamente alla prima classificata Mida.

1.5. In seguito alla presa visione della documentazione tecnica prodotta in gara dalla controinteressata, la ricorrente ha rilevato presunte incompletezze e non conformità del “*sistema per videolaparoscopia*” offerto in gara rispetto alle specifiche tecniche “di minima” indicate nel capitolato, oltre all’asserita falsità e/o non conformità delle dichiarazioni rese in ordine ai requisiti del “sistema” offerto e a macroscopici vizi di illogicità intrinseca e di difetto di motivazione sui punteggi tecnici assegnati dalla Commissione giudicatrice.

2. Assumendo, quindi, l’illegittimità del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata Mida, la ricorrente in prime cure nonché odierna appellante ne ha chiesto al Tribunale l’annullamento, in primo luogo, per incompletezza dell’offerta, sotto differenti profili, per violazione e falsa applicazione del capitolato tecnico, per l’eccesso di potere per errore di fatto e difetto di istruttoria e per eccesso di potere per violazione dei principi di *par condicio* e del giusto procedimento (prime tre censure).

2.1. Ulteriormente, sono stati dedotti la violazione e falsa applicazione del capitolato tecnico, l’eccesso di potere per errore di fatto e difetto di istruttoria, l’eccesso di potere per violazione dei principi di *par condicio* e del giusto procedimento e la violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. n. 241 del 1990.

2.2. Successivamente sono stati dedotti la falsa e/o fuorviante dichiarazione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) o f-*bis*), del d. lgs. n. 50 del 2016, l’eccesso di potere per omessa/carente istruttoria, la carenza di presupposti e il travisamento.

2.3. Inoltre sono stati dedotti la violazione e falsa applicazione del disciplinare e del capitolato tecnico, l’eccesso di potere per errore di fatto e difetto di istruttoria,

l'eccesso di potere per violazione dei principi di *par condicio* e del giusto procedimento e la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990.

2.4. Infine, è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50 del 2016.

2.5. Si sono costituite nel primo grado del giudizio l'Azienda e Mida, che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

2.6. All'udienza del 18 maggio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, convertito in legge n. 176 del 2020, come modificato dall'art. 6, comma 1, lettera e, del decreto legge n. 44 del 2021, la controversia è stata trattenuta in decisione dal primo giudice.

2.7. Con la sentenza n. 1269 del 24 maggio 2021 il Tribunale, all'esito del giudizio, ha in parte dichiarato estinto per rinuncia e in parte respinto il ricorso di Carlo Bianchi, compensando le spese di lite tra le parti.

3. Avverso questa sentenza ha proposto appello Carlo Bianchi, articolando sei motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento della contestata aggiudicazione e il subentro nel rapporto contrattuale, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'illegittima aggiudicataria.

3.1. Si sono costituiti l'Azienda e Mida per chiedere la reiezione dell'appello, di cui hanno eccepito l'inammissibilità, *in limine litis*, e comunque l'infondatezza nel merito.

3.2. Con l'ordinanza n. 3982 del 16 luglio 2021 il Collegio, preso atto della rinuncia all'istanza cautelare da parte dell'appellante, ha rinviato la causa all'udienza pubblica per la trattazione del merito.

3.3. Infine, nell'udienza pubblica del 25 novembre 2021, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello è infondato.

5. Ritiene il Collegio di poter prescindere, per il principio della ragione più liquida, dalle eccezioni di inammissibilità dell'appello, sollevate sia dall'Azienda che dalla controinteressata, stante la infondatezza di questo, in tutti i sei motivi che qui di seguito si passa ad esaminare.

6. Carlo Bianchi muove da una premessa (p. 10 del ricorso) e, cioè, quella secondo cui sarebbe incontestato tra le parti che il capitolato predisposto dall'A.S.S.T. indicasse dei requisiti tecnici della fornitura non meramente orientativi, ma precisi e tassativi, che dovevano quindi essere posseduti da ciascun componente del sistema offerto, pena l'esclusione.

6.1. Per quanto rileva ai fini di causa, peraltro, il capitolato ha richiesto:

a) che il generatore di luce dell'apparecchiatura consentisse la visualizzazione in luce bianca e in fluorescenza, con verde di indocianina;

b) che il sistema di registrazione dovesse consentire l'acquisizione in 4K di immagini e video su due canali in modalità "PIP", sia sincronizzata che individuale;

c) che il carrello medicale fosse completo anche *«di un braccio snodabile porta monitor»*;

d) che il sistema per video-laparoscopia dovesse essere completo di *«n. 2 ottiche rigide da 30° 10 mm»* e di *«n. 1 ottica rigida da 0° 5 mm»*.

6.2. Contrariamente a quanto avrebbe ritenuto la sentenza impugnata, l'apparecchiatura di Mida non soddisferebbe nessuno di tali requisiti tecnici e, in ragione dell'autosufficienza dei singoli profili di censura con cui Carlo Bianchi aveva contestato avanti al Tribunale l'omessa esclusione della controinteressata, essa deduce che sarebbe sufficiente l'accoglimento anche di uno solo dei motivi, perché assorbente, a radicare la fondatezza del ricorso introduttivo proposto da Carlo Bianchi e ad ottenere la riaggiudicazione della commessa in proprio favore.

7. Con il primo motivo di censura (pp. 10-18 del ricorso), ciò premesso, Carlo Bianchi sostiene che avrebbe errato la sentenza impugnata nel respingere la censura, di cui al quarto motivo dell'originario ricorso, secondo cui Mida sarebbe dovuta essere esclusa per avere offerto un'ottica rigida da 5,4 mm anziché da 5 mm, come invece letteralmente richiesto dal capitolato.

7.1. Avendo infatti Mida offerto un'ottica rigida da 5,4 mm e non da 5 mm – e, quindi, di fatto un *aliud pro alio* – essa non avrebbe potuto essere ammessa alla gara, ma il Tribunale ha respinto la censura perché ha ritenuto che «*il prodotto offerto, di marca Stryker, non può essere ritenuto difforme da quanto prescritto in sede di capitolato, perché [...] il riferimento alle ottiche da 5 mm non riguarderebbe soltanto quelle aventi tale specifica misura, ma sarebbe comprensivo di tutto il gruppo delle ottiche laparoscopiche da 5,00 a 5,5 mm, data la comunanza tra le stesse del medesimo standard di compatibilità sul piano delle specifiche tecniche*».

7.2. Questa conclusione è fortemente avversata dall'appellante, che eccepisce come essa non solo sia contraria alle specifiche minime, tassative, della *lex specialis*, ma anche alla funzione stessa di tale previsione, in quanto – come risulterebbe dalla relazione a firma del Prof. Salomone Di Saverio (doc. 14 fasc. parte appellante) – costituirebbe nozione di comune esperienza quella secondo cui una dimensione minore dell'ottica – da 5 mm anziché da 5,4 mm, come quella offerta da Mida – consente di utilizzare *trocars* di calibro inferiore riducendo così il sito di accesso all'addome del paziente e, conseguentemente, il trauma, il decorso post-operatorio e il rischio di formazione di ernie incisionali, che rappresentano la complicanza più comune in chirurgia laparoscopica e tendente ad aumentare in proporzione proprio all'aumento del *trocar* utilizzato.

7.3. La censura, tuttavia, è priva di pregio.

7.4. Bene ha rilevato il primo giudice che il prodotto offerto, di marca *Stryker*, non può essere ritenuto difforme da quanto prescritto in sede di capitolato, poiché,

come evidenziato dalle difese dell'Azienda e della controinteressata, il riferimento alle ottiche da 5 mm non riguarderebbe soltanto quelle aventi tale specifica misura, ma sarebbe comprensivo di tutto il gruppo delle ottiche laparoscopiche da 5,00 a 5,5 mm, data la comunanza tra le stesse del medesimo *standard* di compatibilità sul piano delle specifiche tecniche.

7.5. Ciò sarebbe attestato dagli stessi produttori di tali dispositivi, che li indicano convenzionalmente con la sintetica dicitura da “5 mm”, precisando poi nei relativi manuali d'uso e sui singoli dispositivi la larghezza specifica delle ottiche (cfr. all. 29 e 30 di Mida, dove allo stesso prodotto il catalogo attribuisce la lunghezza di 5 mm e poi in sede scheda tecnica si specificano 5,4 mm).

7.6. Il tutto sarebbe altresì confermato dalle indicazioni contenute nel Manuale d'uso Stryker dove si specifica che «*i laparoscopi Precision Ideal Eyes™ contrassegnati sul dispositivo con 5,5 fanno parte e sono compatibili con la famiglia di prodotti da 5 mm*» (all. 32 di Mida, pag. IT-36).

7.7. Nessun rilievo assumerebbero in senso contrario, secondo il primo giudice, le deduzioni dell'appellante in relazione alle possibili difficoltà di utilizzo di lenti di diametro superiore ai 5,00 mm in correlazione all'utilizzo di un *trocar* da 11 mm, tenuto conto che la *lex specialis* non contiene alcun riferimento a tale aspetto di compatibilità e, cioè, alle dimensioni dei trocar dedicati all'alloggiamento delle ottiche offerte, che ove fosse stato previsto sarebbe valso solo a restringere, probabilmente in maniera illegittima, la platea dei concorrenti.

7.8. Quindi l'offerta della controinteressata sullo specifico punto non potrebbe essere ritenuta difforme rispetto alla disciplina di gara, tanto più in assenza di ulteriori puntualizzazioni contenute nella stessa, da cui non può che conseguire una interpretazione in grado di favorire la massima partecipazione, attraverso una applicazione non restrittiva delle clausole del bando.

7.9. Ciò, del resto, è in linea con la consolidata giurisprudenza che, a fronte dell'assenza di clausole di portata chiara e inequivoca, ritiene necessario procedere ad una interpretazione che favorisca la massima partecipazione alle gare pubbliche a tutela del principio di concorrenza (cfr. Cons. St., sez. III, 7 agosto 2020, n. 4977).

7.10. Più nello specifico, è stato affermato che non può essere disposta l'esclusione da una gara in base a una disposizione di non univoca interpretazione, visto che, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di cui una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e una tale da consentire la permanenza del concorrente, non può legittimamente aderirsi all'opzione che comporterebbe l'esclusione dalla gara.

8. Le argomentazioni del primo giudice sin qui riassunte vanno esenti da censura.

9. Al riguardo, infatti, si deve osservare che il capitolato tecnico di gara richiedeva ai concorrenti di fornire uno strumentario ottiche di «*almeno n. 3 ottiche rigide, autoclavabili (indicare le modalità di sterilizzazione)*», in grado di consentire «*anche l'utilizzo del verde indocianina in fluorescenza in chirurgia laparoscopica corredati dei cavi a fibra ottica*» e, in particolare, «*n. 2 ottiche rigide da 30° 10 mm*» e «*n. 1 ottica rigida da 0° 5 mm*», senza prescrivere altre caratteristiche aggiuntive.

9.1. I documenti di gara non hanno affatto imposto di offrire solo l'ottica da 5,00 mm, ma hanno richiesto ai concorrenti di offrire tra gli strumenti richiesti un'ottica da 5 mm secondo gli *standard* di conformità comunemente praticati a livello europeo e internazionale.

9.2. A tal proposito, non è fuor di luogo osservare sul punto che nemmeno nella «*Tabella delle caratteristiche tecniche*», allegata alla legge di gara in cui l'amministrazione ha formulato – quando ne ha ravvisato la necessità – specifiche tecniche ulteriori rispetto agli standard ammessi a livello europeo, è specificato alcunché in proposito.

9.3. Peraltro, come del resto ha ben rilevato la sentenza qui impugnata, è noto che tra gli operatori del settore che le ottiche da 5 mm costituiscono una famiglia in cui sono ricomprese ottiche laparoscopiche da 5,00 a 5,5 mm, avendo un medesimo *standard* che le accomuna per compatibilità sul piano delle specifiche tecniche.

9.4. E, infatti, tutti i produttori indicano convenzionalmente le ottiche laparoscopiche di questa famiglia con la sintetica dicitura da “5 mm”, precisando poi, nei relativi manuali d’uso e sui singoli dispositivi la larghezza specifica delle ottiche.

9.5. Ciò appare documentalmente provato in tutti i manuali d’uso redatti dai produttori e forniti dai partecipanti alla gara e, così, è ad esempio nel *dépliant* della Arthrex – partecipante alla gara – in cui l’ottica per la laparoscopia offerta, identificata con il relativo numero di codice, è poi contrassegnata con 5,5 mm o nel *dépliant* della Wolf – di cui Movi s.p.a. è il distributore italiano – in cui l’ottica è contrassegnata con 5,5 mm.

9.6. Nel caso di specie da un semplice esame delle schede di prodotto di Mida è agevole evincere come le ottiche siano indicate sinteticamente con la dicitura da 5 mm e, poi, contrassegnate con il codice del prodotto offerto con la specifica larghezza da 5,4 e da 5,5 mm, dovendosi osservare che, con riferimento alle ottiche AIM da 5 mm, tale indicazione è specificamente riportata nella *Scheda tecnica di prodotto* che, tra le caratteristiche tecniche, specifica che «*i laparoscopi HD contrassegnati sul dispositivo 5,4 mm fanno parte e sono compatibili con la famiglia di prodotti da 5 mm*», oltre che nelle specifiche tecniche riportate nel manuale d’uso.

9.7. Tanto basta a smentire l’assunto secondo cui il prodotto offerto da Mida non sarebbe conforme alle previsioni del capitolato e alle esigenze della stazione appaltante.

9.8. Nemmeno rilevano, in senso contrario, le deduzioni dell'appellante secondo cui l'utilizzo di lenti superiori ai 5.00 mm di diametro imporrebbero l'utilizzo di un *trocar* da 11 mm perché, a tacer d'altro, nella gara controversa non era indicate le dimensioni dei trocar ai quali dette ottiche sarebbero state destinate, conseguendone pertanto l'erroneità della pretesa, fatta valere dall'appellante, di escludere dalla selezione l'offerta dell'aggiudicataria in quanto proponente ottiche asseritamente incompatibili con dispositivi che la stazione appaltante non ha indicato come preferibili rispetto ad altri e di cui non è nemmeno detto intenda far uso.

9.9. Nel descritto contesto, la possibilità che le ottiche di dimensioni più ridotte di adattino a *trocar* più piccoli, e perciò meno invasivi per i pazienti, avrebbe semmai potuto essere presa in considerazione dalla Commissione di gara in sede di attribuzione dei punteggi, sempre che tale criterio valutativo fosse stato predeterminato dalla stazione appaltante, ciò che, invece, la stazione appaltante

9.10. Ne segue, dunque, la reiezione del motivo in esame.

10. Con il secondo motivo di censura (pp. 19-33 del ricorso), ancora, l'appellante contesta la sentenza impugnata per avere respinto il primo motivo del ricorso proposto in primo grado, con cui essa ha contestato la mancata esclusione di Mida, che non avrebbe offerto, a suo dire, il «cavo a fibre ottiche AIM SafeLight, 5,0 mm × 3,05 mm» senza il quale però, secondo le indicazioni riportate nel manuale d'uso nell'apparecchiatura, il suo sistema non può essere utilizzato in sicurezza sotto guida “a fluorescenza”.

10.1. Infatti, sostiene ancora Carlo Bianchi, né nell'offerta muta né nell'offerta economica di dettaglio di Mida il predetto “cavo luce” risulterebbe essere stato indicato e/o quotato – risultando invece offerto il (diverso) cavo “SafeLight opaco 5 mm 3.05 m”, con il codice identificativo “233-050-200”, sicché la controinteressata

sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per incompletezza e, ancor prima, per non conformità della sua proposta contrattuale.

10.2. Carlo Bianchi contesta fortemente le motivazioni del primo giudice, che qui di seguito si riassumono.

10.3. La *lex specialis*, così ha premesso la sentenza impugnata nel respingere la censura, ha richiesto la fornitura di un sistema per videolaparoscopia con fluorescenza allo scopo di visualizzare l'immagine del distretto anatomico su cui occorre intervenire chirurgicamente.

10.4. Il sistema offerto da Mida per l'attivazione della "modalità SPY", ossia per ottenere la fluorescenza dell'immagine, necessita anche di un "cavo di luce" specifico, denominato "cavo a fibre ottiche AIM SafeLight, 5,0 mm x 3,05 m" ed è identificato nel manuale d'uso con il codice "0233-050-300" (all. 9 al ricorso).

10.5. Tuttavia, secondo Carlo Bianchi, avendo l'aggiudicataria offerto in gara esclusivamente il "cavo SafeLight opaco 5 mm 3.05 m" (con codice identificativo "233-050-200") e non il "cavo a fibre ottiche AIM SafeLight, 5,0 mm x 3,05 m" (con diverso codice identificativo "0233-050-300"), sarebbe del tutto impossibile utilizzare in "fluorescenza" il sistema offerto ("AIM 1688"), se non in difformità dalle specifiche tecniche del prodotto e con tutti i rischi legati ad un uso non conforme dello stesso.

10.6. In realtà, il cavo offerto dall'aggiudicataria è stato dal primo giudice ritenuto perfettamente equivalente al cavo indicato nel manuale d'uso, in quanto le uniche differenze tra i due prodotti sono relative alla loro finitura superficiale, che è verde trasparente per il cavo "0233-050-300" e grigio opaco invece per quello con codice identificativo "0233-050-200", poi offerto in gara.

10.7. Ciò sarebbe stato confermato direttamente dalla casa produttrice, che ha evidenziato che nella famiglia di cavi luce *SafeLight* vi sono quelli con la finitura superficiale disponibile in trasparente bianco, con il codice "0233050100" (5.0 mm

x 10 ft Clear-Case Safelight Fiberoptic Light Cable), quelli opachi, con il codice “0233050200” (5.0 mm x 10 ft Opaque-Case Safelight Fiberoptic Light Cable), e quelli di colore trasparente verde, con il codice “0233050300” (5.0 mm x 10 ft AIM Safelight Fiberoptic Cable): perciò è ben *“possibile utilizzare qualsiasi dei tre cavi per poter eseguire attività chirurgica mininvasiva in luce bianca oppure in fluorescenza”*.

10.8. Inoltre, *«si evidenzia che nel manuale d’uso del cavo luce 0233050200, viene riportato che “Il cavo è compatibile con tutte le fonti luminose Stryker, salvo diversa indicazione nel manuale d’uso della fonte luminosa”. Sul manuale d’uso della fonte luce L11 codice 0220230300 non viene riportata nessuna controindicazione all’utilizzo di questo cavo, né in luce bianca né in luce infrarossa»* (all. 18 della controinteressata, di cui non è stata dimostrata la non veridicità).

10.9. Ciò rende infondata anche la contestazione della ricorrente in ordine ad un utilizzo *“off-label”*, ossia in condizioni che differiscono da quelle per le quali l’apparecchiatura ha ottenuto la certificazione e per le quali è stata autorizzata l’immissione in commercio, in quanto la dichiarazione di conformità UE è stata rilasciata in forma unica dal produttore ed è uguale sia per il cavo *“0233-050-200”* sia per il cavo *“0233-050-300”*, pienamente fungibili e intercambiabili anche sotto il profilo della loro conformità ai requisiti di sicurezza previsti dalle Direttive UE (all. 37 della controinteressata).

11. Oltretutto anche la Commissione giudicatrice, in sede di svolgimento della prova pratica, ha ritenuto la piena idoneità all’uso con la modalità in fluorescenza del sistema di video-laparoscopia complessivamente offerto da Mida, confermandone in tal modo la conformità alla prestazione richiesta e riconoscendole il punteggio tecnico massimo di 5 punti (all. 6 della controinteressata).

11.1. A supporto di tale conclusione, il primo giudice ha anche sottolineato come in materia di appalti di forniture trovi generale applicazione il principio, di matrice

comunitaria, dell'equivalenza, diretto a tutelare la libera concorrenza e la par condicio tra i partecipanti alle gare.

11.2. In base a tale principio, l'offerente può fornire con qualsiasi mezzo appropriato la prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, fermo restando che la stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza.

11.3. Ciò risponde al principio del *favor participationis* e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte della pubblica amministrazione.

11.4. I concorrenti non sono peraltro onerati di una apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato.

11.5. La Commissione di gara, ha ricordato ancora la sentenza impugnata, 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).

11.6. 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).

11.7. Pertanto, una volta che la pubblica amministrazione, anche implicitamente, abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico - discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l'erroneità (così, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2021, n. 1863).

11.8. Infine, il primo giudice ha aggiunto che il cavo opaco a fibre ottiche offerto in gara da Mida – avente peraltro un costo maggiore rispetto al cavo trasparente (rispettivamente di € 2.115,00 ed € 1.600,00) – non pregiudica affatto l'effettuazione della prestazione per la quale è stata avviata la fornitura, ma rappresenta piuttosto, da un punto di vista qualitativo, una miglioria, giacché è in grado di assicurare un maggior *confort* visivo nell'esecuzione degli interventi in sala operatoria.

11.9. A tal proposito, è stato evidenziato che, allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative, ammesse, si differenziano dalle varianti, vietate, perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della Stazione appaltante (Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793; Cons. St., sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873; Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269 e n. 270).

11.10. Nello specifico, andrebbero ricomprese tra le proposte migliorative quelle soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia della prestazione a base di gara, investono singoli aspetti tecnici della stessa, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali di quanto richiesto (Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2021, n. 1080; Cons. St., sez. V, 12 maggio 2020, n. 2969).

12. Le motivazioni del primo giudice sono contestate dall'odierna appellante, secondo cui il Tribunale avrebbe omesso di considerare che l'appalto di cui è causa non ha ad oggetto dei semplici beni di consumo, bensì un sistema per videolaparoscopia destinato a delicatissimi interventi chirurgici, con la conseguenza che le indicazioni del fabbricante riportate nelle istruzioni d'uso di questo rivestono, secondo la normativa di settore, carattere dirimente ai fini del decidere.

12.1. Invece il manuale d'uso dell'apparecchiatura offerta da Mida, tra le indicazioni generali della sicurezza, prescrive che per poter utilizzare il sistema in “modalità SPY” occorre che sia collegato all'apparecchiatura un particolare “cavo luce”, denominato “cavo a fibre ottiche AIM SafeLight, 5,0 mm × 3,05 m”, identificato nel manuale stesso con il codice univoco “0233-050-300”.

12.1. Il primo giudice avrebbe trascurato il principio secondo cui, nel valutare la conformità del dispositivo medico, la Commissione giudicatrice deve muoversi nel solco delle prescrizioni della casa produttrice, in quanto nel settore dei dispositivi medici le istruzioni per l'uso rivestono un ruolo fondamentale (Cons. St., sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302), perché è solo da esse che è possibile trarre elementi puntuali sulle caratteristiche e sull'utilizzazione dei dispositivi nonché sulla responsabilità che il produttore assume al riguardo (Cons. St., sez. III, 30 ottobre 2017, n. 5021).

12.2. Il Tribunale quindi giammai avrebbe potuto disattendere il primo motivo di impugnazione, appiattendosi, acriticamente, sulle risultanze del doc. 18 prodotto in primo grado dalla controinteressata ed affermando, solo sulla scorta dello stesso, che il cavo offerto dall'aggiudicataria sarebbe perfettamente equivalente al cavo indicato dal manuale d'uso in quanto «*l'unica differenza consisterebbe nella loro finitura superficiale*».

12.3. Il doc. 18 consisterebbe, infatti, in una semplice dichiarazione resa da Stryker Italia s.r.l. – che non è nemmeno la casa produttrice del dispositivo, come pure

avrebbe erroneamente affermato il primo giudice – e, come tale, sarebbe privo di qualsivoglia valore probatorio e/o legale perché il suo contenuto non sarebbe stato validato né certificato da un organismo terzo notificato come imposto dalla normativa in materia di dispositivi medici, ma le cui risultanze contrasterebbero irrimediabilmente con le indicazioni riportate nel manuale d'uso che deve essere fornito dal fabbricante all'utilizzatore a corredo dell'apparecchiatura.

12.4. L'importanza della questione, sottolinea Carlo Bianchi, rivestirebbe portata generale perché, se la sentenza impugnata venisse confermata, verrebbero anche confermate le statuizioni in questa riportate secondo cui nel settore dei dispositivi medici, mediante semplici dichiarazioni non verificate né validate da organismi terzi notificati, sarebbe consentito ai concorrenti di integrare e/o di derogare alle indicazioni del fabbricante riportate nei manuali d'uso dei prodotti offerti in piena violazione di tutte le disposizioni normative dettate in materia di sicurezza, di marchiatura CE e di commerciabilità sul territorio nazionale ed europeo dei cc.dd. *medical devices*.

12.5. Carlo Bianchi precisa poi di non aver mai contestato che il cavo luce cod. "0233-050-200" non sarebbe conforme «ai requisiti di sicurezza previsti dalle Direttive UE», come asserisce il primo giudice, ma diversamente che il manuale d'uso dell'apparecchiatura non prevede una combinazione sicura del predetto accessorio, se collegato al sistema per video-laparoscopia offerto, e quindi che tale possibilità non è stata verificata, validata e/o certificata dall'organismo notificato che ha proceduto al rilascio della marchiatura CE al momento in cui è stata autorizzata l'immissione in commercio del dispositivo.

12.6. L'appellante contesta infine anche il passaggio motivazionale in cui il Tribunale afferma che la Commissione sarebbe pervenuta ad una valutazione di "equivalenza implicita" del cavo offerto da Mida rispetto a quello specificamente indicato nel manuale d'uso dell'apparecchiatura.

12.7. Vertendosi in materia di dispositivi medici, infatti, non sarebbe accettabile che un accessorio – e, cioè, il cavo “*SafeLight opaco 5 mm 3.05 m^l*” – cod. “233-050-200” – non previsto, come più volte puntualizzato dall’appellante, dal manuale d’uso per l’utilizzo sicuro dell’apparecchiatura sotto guida a fluorescenza – possa essere ritenuto tale e, cioè, funzionalmente equivalente a quello espressamente richiesto – senza che tale (solo) ipotizzata “compatibilità” o “equivalenza” sia stata previamente verificata o certificata dall’organismo terzo abilitato al rilascio del c.d. *CE marking*: nella sostanza, la previsione di impiego del diverso cavo cod. “233-050-200” in combinazione con l’apparecchiatura avrebbe dovuto essere riportata nel manuale d’uso “approvato” nella versione vigente al momento del termine ultimo di presentazione per le offerte.

13. Il motivo, pur nella sua complessa e suggestiva articolazione, è destituito di fondamento.

13.1. Il manuale del “*SafeLightTM Fiber Optic Cable*” precisa, a p. 44, che il cavo, nei due modelli disponibili (compreso quello contraddistinto dal codice 0233-050-200) è compatibile con tutte le sorgenti luminose *Stryker*, salvo diverse indicazioni, che qui però non ricorrono.

13.2. Lo stesso manuale aggiunge che alcune funzioni delle sorgenti luminose potrebbero richiedere cavi specifici e ciò sta a significare che l’utilizzo del cavo contraddistinto dal codice che termina con 200, siccome dichiaratamente compatibile con tutte le sorgenti luminose del dispositivo, non incide in alcun modo sulla sicurezza del sistema.

13.3. L’uso del cavo contraddistinto dal codice che termina con 300, infatti, è previsto dal Manuale per garantire una determinata funzione, che è quella dell’*imaging* a fluorescenza.

13.4. Se tuttavia, come ha ben messo in rilievo la sentenza impugnata sulla scorta di quanto incontrovertibilmente emerso in sede di gara e attestato dagli abituali

utilizzatori dell'apparecchiatura, la stessa funzione è assicurata anche dal cavo con il codice 200, compatibile con tutte le sorgenti luminose del sistema e a sua volta certificato, l'assunto dell'appellante, secondo cui l'utilizzo di quel cavo, invece del 300, per l'attivazione dell'*imaging* metterebbe a repentaglio la sicurezza del dispositivo si ridurrebbe a non più di una suggestione, priva di logico significato.

13.5. In altri termini, stante la dichiarata, inconfutabile, compatibilità del cavo 200 a tutte le sorgenti luminose del dispositivo e la sua capacità, pure indiscussa, di garantire la funzionalità richiesta dalla *lex specialis*, non vi sarebbero ragioni che legittimano l'esclusione dell'offerta di Mida, ove si consideri che tale compatibilità, nel caso di specie, è attestata dal manuale d'uso e dalla dichiarazione di conformità UE, peraltro unica per tutti e tre i cavi.

13.6. Il cavo a fibre ottiche cod. 0233-050-300 e il cavo a fibre ottiche "*Safe Light opaco 5 mm × 3,05*" offerto in gara sono entrambi prodotti da *Stryker*, appartengono alla medesima famiglia dei cavi *SafeLight* e sono accomunati dallo stesso sistema di sicurezza, la tecnologia ESST (*Electronic Scope-Sensing Technology*) che garantisce la sicurezza dell'operatore, evitando la dispersione accidentale della luce e l'abbagliamento dell'utilizzatore.

13.7. Le uniche differenze tra i due prodotti sono relative alla finitura superficiale dei cavi e, cioè, alla guaina di copertura del fascio di fibre ottiche, che è verde trasparente per il cavo "0233-050-300" e grigio opaco per quello offerto da Mida con il codice identificativo "0233-050-200".

13.7. La scelta di offrire questo secondo cavo, come ha ben messo in luce la difesa della controinteressata, deriva dalla maggiore qualità prestazionale del cavo opaco che, a differenza del cavo trasparente, permette di nascondere i bagliori prodotti dalle fibre ottiche rotte e lesionate, con notevole miglioramento, dunque, per il *confort* visivo del chirurgo che, nel buio della sala operatoria, non viene infastidito dalle fibre ottiche spezzate.

13.8. Il cavo a fibre ottiche verde trasparente e il cavo a fibre ottiche opaco offerto in gara, dunque, sono totalmente equivalenti e intercambiabili perché sono capaci di assolvere la medesima funzione, anche sotto il profilo del sicuro utilizzo, essendo accomunati, come detto, anche dal medesimo sistema di sicurezza (la già cennata tecnologia ESST).

13.9. Ciò è comprovato, nel caso di specie, dai seguenti rilievi:

a) dall'attestazione della casa produttrice, in cui si precisa che *«le caratteristiche dei tre cavi, a parte la finitura superficiale disponibile in trasparente bianco (codice 0233305100), opaco (codice 0233050200) o trasparente verde (codice 0233050300) risultano equivalenti»* sicché sarebbe *«possibile utilizzare qualsiasi dei tre cavi per poter eseguire attività chirurgica mininvasiva in luce bianca oppure in fluorescenza»* (doc. 18 fasc. controinteressata Mida);

b) dalla dichiarazione di conformità UE, rilasciata in forma unica dal produttore ed eguale, come detto, per tutti i tre cavi, attestante non solo la fungibilità, ma anche la piena intercambiabilità dei due cavi sotto il profilo della loro conformità ai requisiti di sicurezza previsti dalle direttive UE;

c) dal costante utilizzo del cavo luce a fibre ottiche cod. "0223-050-200" negli interventi di chirurgia laparoscopica mininvasiva guidati dalla fluorescenza (cfr., ad esempio, la dichiarazione del Prof. Antonino Spinelli, dell'Istituto Clinico *Humanitas*, che da diversi anni utilizza proprio il cavo di cui si discute senza alcun inconveniente di ordine tecnico, doc. 38 fasc. controinteressata Mida);

d) dallo svolgimento della prova pratica da parte della Commissione, che ha dimostrato la piena idoneità del sistema di video-laparoscopia offerta da Mida all'uso con la modalità di fluorescenza al punto tale che la Commissione, invero, ha verificato l'eccellenza di questa proposta, confermandone in tal modo la conformità alla prestazione richiesta e riconoscendole il punteggio tecnico massimo di 5 punti.

14. Né giova all'appellante obiettare che il cavo opaco offerto non risulterebbe indicato nel manuale d'uso giacché tale circostanza, come ben ricorda Mida nella propria memoria difensiva (p. 13), non esclude affatto l'utilizzo del cavo, atteso che, quando il manuale d'uso ha inteso escludere l'utilizzo di un accessorio, lo ha fatto esplicitamente.

15. Quanto alle obiezioni mosse dall'appellante in ordine al mancato coinvolgimento dell'organismo notificato per l'attribuzione della marcatura CE dei cavi, esse sono prive di fondamento, sul piano giuridico, perché la classe di rischio dei dispositivi in parola, sia in base alla precedente direttiva 93/42/UE che dell'attuale Regolamento UE 2017/745, è la prima (Class I) e in tale classe rientrano i *devices* a basso rischio per il paziente e l'utilizzatore, per i quali non è richiesto l'intervento di un organismo notificato per la loro certificazione CE, che può essere rilasciata – come è stato nel caso di specie – dallo stesso produttore.

15.1. Anche la sorgente luminosa LED11 rientra nella stessa basse classe di rischio e, infatti, la dichiarazione di conformità CE è stata rilasciata dalla stessa *Stryker*, come si è accennato, per tutti e tre i cavi della famiglia *SafeLight* in forma unica, a riprova della incontestabile identità dei prodotti offerti e della loro fungibilità.

15.2. Da quanto esposto emerge, dunque, che non sussistono pericoli legati all'uso del cavo presentato da Mida, come desumibile dagli stessi manuali d'uso dei *devices* offerti in gara nonché dalle dichiarazioni rese dal fabbricante, in tal caso autosufficienti, trattandosi di dispositivi medici rientranti nella I classe di rischio.

15.3. Tanto destituisce di fondamento, in punto di diritto oltre che di fatto, tutte le articolate deduzioni dell'appellante in ordine al motivo in esame, non essendosi la sentenza qui impugnata discostata dai consolidati principi affermati da questa Sezione in tema di dispositivi medici.

16. Con il terzo motivo di censura (pp. 33-36 del ricorso), ancora, Carlo Bianchi contesta la sentenza impugnata per avere disatteso il secondo motivo

dell'originario ricorso, con cui si lamentava che Mida doveva essere dalla gara per non avere offerto il «*pacchetto di instradamento Connected OR Hub*» – che, sempre secondo le indicazioni riportate nel manuale d'uso, dovrebbe risultare indispensabile per l'acquisizione di immagini e video su canali in modalità “PIP” – e, dall'altro, in quanto la sua apparecchiatura non consentirebbe affatto di acquisire contemporaneamente da “due canali” immagini in 4K.

16.1. Il Tribunale ha respinto la censura perché ha osservato che, da un lato, il citato *software* non risulterebbe necessario per ottemperare al requisito richiesto e, dall'altro, che il capitolato non richiedeva anche la registrazione in 4K da due canali «*visto che il capitolato in prima battuta di riferisce soltanto all'acquisizione delle immagini in contemporanea – in modalità “PIP” – e tratta del sistema di registrazione nel punto successivo*».

16.2. L'appellante contesta però queste osservazioni perché assume che il capitolato richiedeva che il sistema di registrazione dovesse, contestualmente:

- a) acquisire immagini in 4K;
- b) che detta acquisizione in 4K dovesse essere possibile su due canali in modalità “*sia sincronizzata che individuale*”;
- c) che la registrazione di video e di immagini sia in 4K che in SD dovesse essere consentita su disco interno e su dispositivi esterni (USB, DVD, via LAN).

16.3. Contrariamente a quanto assume il primo giudice, pertanto, la *lex specialis* non si riferirebbe solo all'acquisizione di immagini in contemporanea su due canali in modalità 4K e, solo al punto successivo, al sistema di registrazione perché le ridette caratteristiche tecniche risultano riportate sotto il titolo onnicomprensivo “*sistema di registrazione*” ed entrambi i requisiti dovevano essere contestualmente e cumulativamente soddisfatti dal sistema offerto.

16.4. Sarebbe incontestabile dalla lettura del manuale “*Connected OR Hub TM*” di Mida, a p. 47, che, se il processo di instradamento non è stato offerto, il sistema

non sarà in grado di associare tra loro diversi ingressi e uscite video e non potrà quindi acquisire immagini e video su canali in modalità “PIP”, sia sincronizzata che individuale, come ha invece preteso la stazione appaltante.

16.5. Non potrebbe nemmeno essere condiviso l’ulteriore assunto, riportato nella sentenza appellata, secondo cui «*il processo di instradamento Connected OR Hub (codice prodotto 0240200105) è un accessorio ulteriore che va ad aggiungersi al pacchetto base – già di per sé conforme alle prescrizioni della lex specialis – e non serve affatto ad acquisire e registrare immagini e video su due canali in modalità “PIP”, ma assolve ad una funzione aggiuntiva, ossia quella di “associare” tra loro più di due entrate e di due uscite, che non era richiesta dal Capitolato*» perché, a dire dell’appellante, nello stesso manuale d’uso si legge che l’apparecchiatura assolve alla funzione di associare tra loro “*diversi ingressi e uscite video*” (quindi 1 + 1), sicché risulterebbe evidente la fondatezza del ricorso di Carlo Bianchi anche sotto tale ulteriore profilo.

16.6. Anche questo motivo è destituito di fondamento.

16.7. Il dispositivo offerto in gara dall’aggiudicataria consente, infatti, l’acquisizione di immagini e video su due sorgenti secondo le seguenti modalità:

a) *Picture-in Picture* (immagine nell’immagine, PIP);

b) *Synchronized Mode* (modalità sincronizzata);

c) *Independent Mode* (modalità indipendente).

16.8. Esso è quindi in grado, senza ulteriori applicazioni, di soddisfare quanto richiesto dal capitolato speciale.

17. Il “*pacchetto di instradamento*”, sul quale insiste l’appellante, migliora le funzionalità di sistema, consentendo di installare e controllare *Connected OR Hub* in un ambiente iSuite ®, funzionalità che si risolve nella possibilità di acquisire immagini da più di due sorgenti e che non era, invero, richiesta dal capitolato speciale.

17.1. L'infondatezza del motivo, sul piano tecnico, appare perciò evidente, considerato, peraltro, il chiaro, e inequivoco, tenore letterale del manuale, che sul punto recita: «*Connected OR Hub è in grado di acquisire e registrare video in diretta da due sorgenti video. Se è installato il pacchetto di instradamento Connector Or Hub è possibile associare tra loro diversi ingressi e uscite video*».

17.2. Discende da ciò che il sistema è in grado di acquisire e registrare video contemporaneamente da due sorgenti, laddove il pacchetto di instradamento è in grado di associare tra loro più (di due) ingressi ed uscite, assolvendo ad una funzione ulteriore, quella, cioè, di associare tra loro più di due entrate e di due uscite.

18. Quanto, infine, alla deduzione secondo cui il sistema offerto da Mida non consentirebbe di acquisire immagini e video in 4K contemporaneamente su due canali, essa appare inammissibile anzitutto, come hanno eccepito sia l'Azienda che la controinteressata Mida, per la sua novità, ai sensi dell'art. 104 c.p.a., costituendo domanda nuova, in appello, in quanto non è stata formulata nel ricorso di primo grado.

18.1. In ogni caso l'assunto dell'appellante è privo di pregio perché il capitolato non richiedeva che il sistema proposto dovesse registrare in 4K i due canali e, comunque, il riferimento di Carlo Bianchi alla risoluzione "HD" e ai *pixel* è erroneo, atteso che la risoluzione in 4K è assicurata dal sistema di registrazione offerto e non potrebbe essere compromessa dall'impiego delle ottiche offerte.

18.2. In altri termini, la videocamera è la sorgente dell'immagine, lo strumento che converte l'immagine sul laparoscopio ed assicura la risoluzione in 4K del sistema di registrazione, mentre la lente, che è uno strumento fisico, riflette l'immagine, ma non è in grado di convertirla o di tradurla in immagine elettronica.

18.3. Ciò spiega perché appare privo di senso applicare la misurazione HD alle lenti, che non hanno un contenuto digitale, e dimostra vieppiù l'erroneità

dell'assunto, che verrà esaminato meglio nel successivo § 19, secondo cui, avendo le ottiche una risoluzione di 1080 *pixel*, il sistema di registrazione proposto da Mida non potrebbe raggiungere le prestazioni richieste dalla stazione appaltante.

18.4. Il motivo, pertanto, va respinto.

19. Con il quarto motivo (pp. 37-38 del ricorso), ancora, l'appellante contesta ancora una volta, in questa sede, che Mida doveva essere esclusa anche per non avere offerto un "sistema di registrazione" in 4K, così come preteso dall'amministrazione aggiudicatrice, perché nel manuale di Mida si legge che le prestazioni del sistema possono essere raggiunte solo se l'apparecchiatura è collegata a sorgenti compatibili e ciò per l'evidente ragione tecnica che un sistema può registrare in 4K solo se tutte le componenti a monte garantiscano lo stesso livello di risoluzione, mentre per espressa dichiarazione resa in gara dalla controinteressata, avente valenza confessionaria, le ottiche del sistema offerto sono in grado di supportare una risoluzione di soli 1080 *pixel*.

19.1. Il primo giudice ha respinto il quinto motivo dell'originario ricorso perché, a suo avviso, la controinteressata ha offerto un sistema che consente di registrare in video in risoluzione 4K (all. 17 al ricorso, pag. IT-254) e ciò sembra pienamente rispondente alla prescrizione del Capitolato tecnico (all. 7 al ricorso).

19.2. Peraltro le ottiche utilizzate, non avendo un contenuto digitale, non potrebbero, secondo la sentenza impugnata, compromettere la risoluzione in 4K.

19.3. L'appellante osserva tuttavia in senso contrario che, così ragionando, il primo giudice avrebbe ommesso di considerare che:

a) il manuale d'uso del "*Connected OR Hub*" non recita affatto che tale sistema consentirebbe di registrare "sempre e comunque" in 4K, bensì fino a 3840×2160 (UHD 4K);

b) nel medesimo passaggio del manuale d'uso si legge altresì che tali *performances* possono essere raggiunte dal ridetto sistema solo se

l'apparecchiatura è collegata a sorgenti compatibili, tra le quali senz'altro rientrano anche le lenti/ottiche che devono esservi collegate;

c) avendo Mida dichiarato in gara che le proprie "ottiche" sono in grado di supportare una risoluzione di soli 1080 *pixel* e, quindi, solo HD e "UHD 4K", le prestazioni pretese dall'ente non possono essere raggiunte.

19.4. La sentenza, ad avviso di Carlo Bianchi, dovrebbe pertanto essere riformata in quanto viziata da un evidente errore di fatto e da un altrettanto palese difetto di istruttoria.

19.5. Anche questo motivo, al pari degli altri, è privo di fondamento.

19.6. L'offerta di Mida, come ha ben rilevato la sentenza impugnata con motivazione esente da qualsivoglia censura, prevedeva e quotava il "*Connected OR Hub 4K Recording package*", pacchetto di aggiornamento che – cfr. Manuale d'uso, pg. IT-254 – consente di registrare video in risoluzione 4K, sicché, anche sotto tale aspetto, le censure dell'appellante sono prive di fondamento, atteso che la risoluzione delle immagini in 4K prescinde dalle ottiche utilizzate, che non hanno evidentemente contenuti digitali, come si è avuto modo di precisare anche nell'esame del terzo motivo, dovendosi richiamare qui, per obbligo di sintesi, le argomentazioni già sopra esposte.

19.7. La censura va pertanto disattesa.

20. Con il quinto motivo di censura (pp. 40-42 del ricorso), ancora, l'appellante censura la sentenza impugnata per avere, a suo avviso erroneamente, respinto il terzo motivo dell'originario ricorso, con cui Carlo Bianchi aveva contestato in primo grado che Mida sarebbe dovuta essere esclusa anche per avere offerto un carrello medicale privo del "*braccio snodabile porta monitor*", anch'esso però richiesto dal capitolato.

20.1. Il primo giudice ha respinto la censura sul rilievo che, esaminando la documentazione prodotta in gara, si ricaverebbe che «*il carrello endoscopico compact cart*

itd” è certamente dotato del braccio porta monitor (all. 15 di Mida, Relazione tecnica; all. 24 di Mida, Scheda tecnica alla voce Portata; all. 25 di Mida, Manuale d’uso, pagg. 116 e 117; all. 26 di Mida, pag. 107, 110-111), né risulta una autonoma quotazione del predetto accessorio».

20.2. D'altronde, ha aggiunto la sentenza impugnata, va sottolineato che la presenza di elementi che potrebbero rendere l'offerta non del tutto univoca sul punto specifico non può avere l'effetto di invalidarla, laddove si possa ragionevolmente ritenere che il prodotto *de quo* risulti dotato di tutte le caratteristiche richieste sia esaminando il complesso della documentazione di gara sia considerando che durante lo svolgimento della prova pratica la Commissione non ha rilevato carenze sotto tale aspetto (all. 5 al ricorso).

20.3. La motivazione della sentenza impugnata, anche sul punto, va esente da censura.

20.4. La scheda tecnica del carrello offerto dall'aggiudicataria, in punto "DATI TECNICI", precisa che il braccio porta monitor ha la portata di 14 kg, da ciò desumendosi che questo accessorio era compreso nell'offerta, non essendo logico che la scheda precisi la portata di elemento assente nella configurazione del carrello.

20.5. Del resto, si deve qui aggiungere, che il carrello di Mida sia provvisto di braccio porta monitor emerge dal *dépliant* illustrativo, dalla relazione tecnica, prodotta in gara dall'aggiudicataria e dal manuale d'uso.

20.6. In ordine a quest'ultimo documento va solo precisato che, contrariamente a quanto assume l'appellante, il "*flexion-port*" riportato nel manuale come accessorio nei modelli HA1, HA45, HA60 – nessuno dei quali corrisponde, peraltro, a quello offerto in gara – non sta ad indicare i bracci portanti, bensì quelli ad altezza regolabile (cfr. p. 101, p. 116 e p. 117), ciò che conferma, ulteriormente, il fatto che il braccio porta monitor, in quanto non previsto per alcuni soli modelli, è parte integrante del carrello, quale che sia il modello offerto in gara.

20.7. Anche questa censura, quindi, va respinta.

21. Con il sesto motivo di censura (pp. 43-44 del ricorso), infine, l'appellante lamenta che Mida sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per avere reso dichiarazioni quantomeno fuorvianti in ordine alle caratteristiche "essenziali" del sistema offerto.

21.1. Sia nel questionario tecnico, sia nella propria relazione tecnica la controinteressata, ha dedotto l'appellante, avrebbe falsamente attestato di avere offerto delle ottiche laparoscopiche da 5 mm, un "generatore di luce" per la guida a fluorescenza e un "sistema di registrazione" in grado di acquisire e registrare immagini e video in 4K su due canali, in modalità "PIP", sia sincronizzata che individuale: tali dichiarazioni risulterebbero però documentalmente smentite dalle risultanze della sua offerta economica, dell'"offerta muta" e dei manuali d'uso dell'apparecchiatura proposta in gara.

21.2. L'aver falsamente attestato in gara che il proprio sistema, nella configurazione offerta, rispettasse i requisiti tecnici "di minima" prescritti dal capitolato avrebbe dovuto, quindi, condurre all'esclusione del concorrente in applicazione del disposto di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) o f-*bis*), del d. lgs. n. 50 del 2016.

21.3. Anche questo ultimo motivo, tuttavia, è del tutto destituito di fondamento perché le attestazioni di gara, proprio alla luce di quanto sin qui si è detto, e argomentato sul piano tecnico, in ordine all'infondatezza delle cinque censure sopra esaminate, sono ben lungi dall'apparire false o inveritiere e dal determinare l'esclusione di Mida, come vorrebbe a torto l'appellante.

22. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello è infondato in tutti i suoi sei motivi e va respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata, che ha acclarato la legittima aggiudicazione della gara in favore della controinteressata Mida.

23. Le spese del presente grado del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'appellante.

23.1. Rimane definitivamente a carico di Carlo Bianchi il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Carlo Bianchi s.r.l., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Carlo Bianchi s.r.l. a rifondere in favore dell'Azienda Socio-Sanitaria della Valtellina e dell'Alto Lario e di Mida Tecnologia Medica s.p.a. le spese del presente grado del giudizio, che liquida nell'importo di € 2.500,00 per ciascuna di dette parti, oltre accessori come per legge.

Pone definitivamente a carico di Carlo Bianchi s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO