

APPALTI: Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Milano, Sezione Seconda, 13 gennaio 2025, n. 73.

1. Appalti – Gare pubbliche - Offerta -Requisiti minimi non espressamente previsti a pena di esclusione - Difformità di un'offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis di gara –Esclusione: solo se la "lex specialis" definisce con assoluta certezza le caratteristiche e le qualità essenziali dell'oggetto dell'appalto e rilevi l'importanza di tali caratteristiche.

2. Appalti – Gare pubbliche - Offerta -Requisiti minimi non espressamente previsti a pena di esclusione -Ambiguità riguardo alla portata effettiva delle clausole del bando - Difformità di un'offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis di gara - Principio del "favor participationis" -Applicabilità.

3. Gare pubbliche - Legge di gara – Interpretazione - Criteri di cui all' art. 1362 c.c. in materia di contratti – Applicabilità -Ragioni.

1. Nelle gare pubbliche, l'esclusione di un'offerta per non conformità ai requisiti minimi, anche senza una specifica minaccia di esclusione, deve verificarsi solo quando la "lex specialis" definisce con assoluta certezza le caratteristiche e le qualità essenziali dell'oggetto dell'appalto o fornisce una descrizione che riveli in modo chiaro ed inequivocabile l'importanza di tali caratteristiche.

2. In situazioni in cui manca tale certezza e persiste un margine di ambiguità riguardo alla portata effettiva delle clausole del bando, il principio residuale prevede di interpretare la "lex specialis" nel rispetto del principio del "favor participationis", il quale promuove un più ampio confronto tra i concorrenti, e della necessità di specificità e chiarezza delle cause di esclusione.

3. L'interpretazione della legge di gara soggiace alle medesime regole ermeneutiche stabilite dall'art. 1362 e segg. cod. civ. per l'interpretazione dei contratti. Si impone, quindi, di privilegiare il dato letterale delle previsioni, atteso che gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati soltanto in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere. È necessario, quindi, che l'essenzialità delle caratteristiche tecniche richieste emerga dalla legge di gara espressamente o, comunque, in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai destinatari regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando da quest'ultime possano derivare conseguenze negative.

Svolgimento del processo

Con bando di gara spedito alla GUUE in data 1 dicembre 2023, pubblicato in pari data sulla piattaforma regionale di e-procurement S. -A.R., in forma integrale sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana V Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 143 del 13/12/2023, la società M.R. S.p.A. ha indetto una gara mediante procedura aperta con l'ausilio di sistemi informatici e con applicazione del criterio del minor prezzo, ai sensi degli artt. 71 e 108 del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 - Codice dei contratti pubblici per l'affidamento di un appalto di "fornitura di materiale di consumo suddivisa in 6 lotti - Gara 22/2023".

La ricorrente ha partecipato alla procedura di gara per l'aggiudicazione del Lotto 1 -CIG: (...) categoria merceologica "attrezzature per cucine" e, segnatamente, "contenitori e vasconi" del valore di € 314.000,00, oltre € 314.000,00 per eventuale rinnovo ed € 125.600,00 per eventuale utilizzo c.d.

"quinto d'obbligo" ex art. 120, comma 9, D.Lgs. n. 36 del 2023 per un importo totale a base di gara di complessivi € 753.600,00 (IVA esclusa).

Alla gara hanno preso parte per il Lotto 1 tre operatori economici tra cui, oltre alla Ricorrente, M. S.p.A.

In data 5 gennaio 2024, in esito all'apertura delle offerte economiche presentate dai concorrenti, con riferimento al Lotto 1 - "C. e Vasconi", la Controinteressata risulta essere collocata al primo posto della graduatoria finale, formulando un'offerta di importo contrattuale pari a € 252.400,00, con uno sconto del 19,62% sull'importo posto a base d'asta di € 314.000,00.

Al secondo posto si è collocata la ricorrente con un'offerta di € 293.940,00, praticando uno sconto del 6,388535% sull'importo posto a base d'asta di € 314.000,00.

Con nota del 28 marzo 2024 la fornitura è stata aggiudicata a M. S.p.A.

In data 04.04.2024 la ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti.

In data 02.05.2024 è stata trasmessa copia dell'offerta economica.

In data 10.05.2024 è stata trasmessa copia della scheda tecnica.

In data 20.05.2024 la ricorrente ha presentato istanza di annullamento, riscontrata negativamente dalla stazione appaltante in data 28.05.2024.

Con ricorso, munito d'istanza cautelare, notificato in data 07.06.2024 e regolarmente depositato, la ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe meglio individuati deducendo le seguenti censure d'illegittimità:

I) Violazione dell'art. 79 e dell'Allegato II.5 del D.Lgs. n. 36 del 2023 Violazione Parte B - parte Tecnica del Capitolato Speciale d'Appalto, Paragrafo B.1 Violazione Allegato di gara B - Scheda tecnica. Violazione degli artt. 1 e 3, L. 7 agosto 1990, n. 241. Violazione del principio di proporzionalità e dell'autovincolo. Eccesso di potere per erronea presupposizione difetto di istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento.

II) Error in iudicando. Violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 95 comma 1, lett. E); 96 e 98 D.Lgs. n. 36 del 2023. Erroneità dei presupposti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, ingiustizia manifesta e contraddittorietà

III) Violazione dell'art. 1 ("principio del risultato"), Art. 2 ("Principio della fiducia") e art. 3 ("Principio di accesso al mercato"), art. 4 ("Criterio applicativo e interpretativo"), art. 5 ("principio di buona fede e tutela dell'affidamento") del D.Lgs. n. 36 del 2023. Violazione del principio dell'autovincolo. Eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento.

IV) Violazione di legge in riferimento agli artt. 3 e 6 L. n. 241 del 1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, motivazione insufficiente, illogicità manifesta e travisamento dei presupposti in fatto e diritto.

In aggiunta alle doglianze sopra trascritte, parte ricorrente ha altresì articolato le proprie difese a supporto della propria istanza cautelare e formulato istanza risarcitoria, quest'ultima declinata in via principale con l'invocato ristoro in forma specifica e in via subordinata per equivalente monetario, concludendo per l'accoglimento del ricorso e delle domande ivi formulate, con vittoria di spese.

In data 14.06.2024 si costituisce con atto di mera forma M.R. S.p.A.

In data 05.07.2024 la stazione appaltante deposita memoria cautelare alla quale affida le proprie argomentazioni difensive.

All'udienza camerale del 09.07.2024 la ricorrente rinuncia all'istanza cautelare.

In vista dell'udienza di discussione parte ricorrente deposita memoria in data 21.11.2024, mentre l'amministrazione replica con memoria del 28.11.2024.

All'udienza del 10.12.2024 l'affare passa in decisione

Motivi della decisione

Con il primo motivo di censura parte ricorrente lamenta una rilevante difformità tra quanto offerto dall'aggiudicataria e quanto richiesto dalla stazione appaltante sotto il profilo delle caratteristiche tecniche specifiche.

Difatti, con riferimento ai contenitori per alimenti in PP 180 x 180 x 36 mm, richiesti dalla stazione appaltante, essi avrebbero dovuto avere un peso uguale o maggiore a gr. 19, così come stabilito nella relativa Scheda Tecnica, parte integrante del Capitolato Speciale d'Appalto.

Il prodotto offerto dall'aggiudicataria, invece, ha un peso inferiore (gr.13.50) ed ha introdotto nella propria offerta un regime di tolleranza del 5% non previsto dalla legge di gara

In ogni caso, anche a volere considerare la maggiorazione indicata, il peso non sarebbe comunque soddisfacente delle citate prescrizioni, risultando inferiore a gr. 19

Tale difformità dell'offerta avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante ad escludere la controinteressata dalla procedura di gara, atteso che, con ogni evidenza, neppure sarebbe stato ammissibile il soccorso istruttorio

Né varrebbe obiettare, sotto tale aspetto, come pure ventilato nella nota di diniego di annullamento dell'aggiudicazione in autotutela, che la sanzione dell'esclusione non fosse prevista dalla lex specialis.

Si tratterebbe, invero, di un'ipotesi di aliud pro alio che, inevitabilmente, porterebbe all'esclusione. Per il corretto adempimento delle funzioni richieste, difatti, la resistenza è molto importante e fornire un contenitore di un peso inferiore significherebbe una minore resistenza e, quindi, un prodotto meno

robusto di quello richiesto. Il peso, pertanto, sarebbe funzionale al conseguimento dei requisiti minimi previsti per l'affidamento

Sotto altro profilo, il peso minore avrebbe avuto una propria incidenza nella formulazione dell'offerta economica. Il minore costo del prodotto ha posto l'aggiudicataria in una indebita posizione di vantaggio consentendole di poter praticare un maggiore ribasso

All'esclusione porterebbe sia l'interpretazione letterale della *lex specialis*, sia la circostanza che per il valore "peso", a differenza di altri valori, nella Scheda Tecnica non sarebbe stata prevista alcuna tolleranza.

Il Collegio non condivide la censura.

La Parte B - Parte Tecnica - del Capitolato Speciale d'Appalto (C.), per ciò che riguarda le caratteristiche e specifiche tecniche relative ai prodotti, così prevede: "I prodotti oggetto del presente appalto sono quelli indicato negli allegati da A 1 ad A 6 (Modelli "Offerta Economica"), parti integranti del presente Capitolato Speciale di Appalto, e devono possedere le caratteristiche precisate nel presente Capitolato e negli allegati B "Schede Tecniche"

Il Capitolato, inoltre, dopo aver precisato che "I prodotti devono essere conformi alle normative vigenti e possedere caratteristiche qualitative, igienico sanitarie e merceologiche conformi alle norme legislative nazionali e comunitarie. L'etichettatura dei prodotti deve essere conforme alla normativa vigente", provvede ad individuare una specifica condizione di ammissibilità dell'offerta: "Non è ammesso l'utilizzo di altri materiali diversi da quelli indicati nelle relative schede tecniche (come, ad esempio, il polistirene e polistirene espanso)".

Sulla base di quanto sopra riportato, il C. provvede ad individuare espressamente un requisito minimo essenziale sanzionando con l'esclusione solo l'offerta di prodotti realizzati con materiali diversi da quelli indicati nelle schede tecniche.

La scelta della *lex specialis* di individuare espressamente ciò che non risulta conforme ai requisiti minimi, ad avviso del Collegio, elimina la possibilità di dedurre un generico effetto escludente per ogni difformità del prodotto offerto rispetto alle specifiche tecniche richieste, nonostante l'apparente tassatività della previsione, sopra richiamata, per cui "I prodotti oggetto del presente appalto ... devono possedere le caratteristiche precisate nel presente Capitolato e negli allegati B "Schede Tecniche".

Va pertanto escluso che qualunque difformità, rispetto alle specifiche tecniche richieste, possa essere causa di esclusione. Sul punto va richiamata la distinzione operata dalla giurisprudenza tra le "specifiche tecniche" e i "requisiti minimi obbligatori", che possono essere richiesti a pena di esclusione. Questi ultimi esprimono la definizione a priori dei bisogni dell'Amministrazione e, per

tale via, hanno l'effetto di perimetrare a monte i tipi di prestazioni che sono state considerate idonee a soddisfare tali bisogni

Si osserva, inoltre, che, diversamente da quanto dedotto da parte ricorrente, l'art. 20 del disciplinare di gara, laddove recita che "è fatto obbligo al fornitore di rispettare le specifiche tecniche richieste per le singole referenze, pertanto, laddove la verifica relativa alla campionatura ed alle schede tecniche consegnate dovesse restituire esito negativo, l'operatore aggiudicatario è escluso dal lotto di partecipazione", non sostanzia una clausola di generale esclusione per ogni difformità dell'offerta dalle specifiche tecniche. Si tratta di una previsione escludente specifica, non applicabile alla fattispecie in esame, il cui perimetro operativo va individuato in tutte quelle ipotesi in cui, a seguito della prova della campionatura, il prodotto risulti difforme rispetto a quanto indicato nelle schede consegnate dallo stesso concorrente.

L'eventuale essenzialità delle specifiche tecniche richieste va, quindi, ricostruita al lume di quanto indicato nelle Schede Tecniche, tenendo conto del complessivo scopo dell'affidamento e dei bisogni che la stazione appaltante mira a soddisfare.

Sul punto, la giurisprudenza ha efficacemente osservato che "l'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di un'esplicita comminatoria di esclusione, può operare soltanto nei casi in cui la *lex specialis* prevede caratteristiche e qualità dell'oggetto dell'appalto che possano essere qualificate con assoluta certezza come caratteristiche minime, perché espressamente definite come tali, oppure perché se ne fornisce una descrizione che ne rivela in modo certo ed evidente il carattere essenziale". (Cons. di Stato, Sez. IV, 31 maggio 2023, n. 5393)

Pertanto, appare necessario verificare se il peso minimo richiesto, in assenza di un'espressa qualificazione in termini di requisito minimo obbligatorio a pena di esclusione, possa essere considerato caratteristica essenziale del bene da fornire. In tale caso la difformità dovrebbe risolversi in un *aliud pro alio* tale da provocare l'esclusione dalla gara.

In punto di diritto, va richiamato preliminarmente l'insegnamento della consolidata giurisprudenza in relazione alle generali avvertenze cautelative che devono assistere l'interprete nella esplicitazione, *ex post*, di elementi essenziali dell'offerta non individuati come tali dal bando di gara e dai relativi atti connessi (disciplinari, capitolati speciali). In proposito, è opportuno tenere in considerazione che: i) le indicazioni della legge di gara devono essere chiare, in modo da non poter indurre in errore i partecipanti in merito ai requisiti o elementi dell'offerta richiesti, anche al fine di rispettare il (residuale) criterio interpretativo della massima partecipazione alla selezione; ii) va circoscritta entro limiti di stretta ragionevolezza un'interpretazione diretta a ricavare dalle norme della legge di gara ulteriori requisiti di ammissione "nascosti" o "impliciti", facendo leva sul concetto di "essenzialità"; iii) spetta, infatti, alla sola stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale,

delineare in modo palese (facendolo opportunamente seguire dall'indicazione specifica "a pena di inammissibilità dell'offerta") ciò che riveste natura "essenziale" per la formulazione dell'offerta, tenuto conto delle sue specifiche esigenze; iv) ciò che non rileva come requisito di ammissibilità dell'offerta (in quanto non ne costituisce elemento formale essenziale), può rilevare in sede di formulazione e gradazione del giudizio tecnico-qualitativo (Consiglio di Stato, sezione III, 27 aprile 2018, n. 2567).

A giudizio del Collegio, la decisione della stazione appaltante di escludere il peso richiesto dalla Scheda Tecnica del prodotto Contenitore in PP 180x180x36 mm (uguale o maggiore a grammi 19), dal novero dei requisiti minimi obbligatori appare coerente con la complessiva documentazione di gara.

Da quest'ultima, difatti, emerge il chiaro approccio funzionale che, nella descrizione del prodotto in questione, ha orientato la stazione appaltante nell'elencazione delle caratteristiche tecniche desiderate con la fornitura in esame.

In relazione a tale profilo, la Scheda Tecnica, più precisamente, descrive una serie di caratteristiche essenziali che i materiali e gli oggetti destinati a venire a contatto con i prodotti alimentari (tra cui, naturalmente, il contenitore oggetto di fornitura) devono necessariamente possedere. Si tratta di profili connessi all'esigenza di preservare la sicurezza alimentare, ad esempio l'idoneità al contatto con tutti i tipi di alimenti, una rifinitura con bordi arrotondati e non taglienti, non soggetti cambiamenti nella forma (deformazione), essere esenti da fratture vitree, avere buona resistenza meccanica agli urti e quindi buona flessibilità, non subire deformazioni se vengono al contatto con le superficie d'acciaio durante la fase di riattivazione, essere facilmente divisibili l'uno dall'altro, essere termo sigillabili con film idoneo al contatto con tutti i tipi di alimenti, riportare la dicitura "per alimento" od il simbolo a norma di legge.

In sostanza, la prima parte della scheda tecnica provvede all'esplicitazione delle finalità e dei bisogni che la fornitura mira a soddisfare e i profili sopra richiamati costituiscono, indubbiamente, caratteristiche essenziali minime che i prodotti offerti devono possedere, tenuto conto che tali prodotti, in ultima analisi, sono destinati alla conservazione dei pasti destinati a bambini. Su tali presupposti, aspetto essenziale della prestazione, come correttamente rilevato dalle parti, è che il contenitore sia idoneo al contatto con gli alimenti, sia per le temperature utilizzate nelle modalità operative sia per la quantità di tempo in cui è possibile mantenere il contenitore a contatto con gli alimenti

Rispetto alle caratteristiche sopra descritte, tuttavia, il minor peso del contenitore, rispetto a quello richiesto, non rappresenta, in sé per sé, elemento manifestamente idoneo a compromettere il rispetto dei suddetti profili di sicurezza, né la stazione appaltante, nella sua discrezionalità tecnica, ha ritenuto

di inserire la grammatura tra le condizioni minime essenziali, presidiata da espressa sanzione escludente

Peraltro, l'essenzialità del peso richiesto neanche potrebbe farsi discendere, come prospetta parte ricorrente, dalla circostanza che per tale valore non risulta indicata una tolleranza, a differenza di quanto previsto per le Dimensioni e i Bordi

Una tale conclusione consentirebbe di ricavare una qualità essenziale del prodotto, con effetto escludente, da elementi non chiari, intuitivi. È noto che l'interpretazione della legge di gara soggiace alle medesime regole ermeneutiche stabilite dall'art. 1362 e segg. cod. civ. per l'interpretazione dei contratti (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2018 n. 5360). Si impone, quindi, di privilegiare il dato letterale delle previsioni, atteso che gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati soltanto in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere. È necessario, quindi, che l'essenzialità delle caratteristiche tecniche richieste emerga dalla legge di gara espressamente o, comunque, in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai destinatari regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando da quest'ultime possano derivare conseguenze negative.

Inoltre, la ricorrente non introduce alcun principio di prova utile a documentare la funzione "servente" del peso rispetto alle caratteristiche richieste al prodotto, così come elencate nella prima parte della Scheda Tecnica.

Su tali presupposti, ad avviso del Collegio, non è possibile concludere per il configurarsi di un *aliud pro alio*. È noto che tale fattispecie si verifica quando la cosa consegnata appartenga ad un *genus* diverso rispetto a quello pattuito, sia quando essa manchi delle specifiche qualità necessarie per assolvere alla funzione economico sociale naturale ovvero a quella assunta dalle parti nel programma negoziale.

L'impossibilità di attribuire alla specifica tecnica "peso" carattere essenziale nella fornitura in esame, non poteva che imporre alla stazione appaltante l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale.

Ciò conformemente a quanto statuito dal consolidato indirizzo giurisprudenziale per cui: "Nelle gare pubbliche, l'esclusione di un'offerta per non conformità ai requisiti minimi, anche senza una specifica minaccia di esclusione, deve verificarsi solo quando la "*lex specialis*" definisce con assoluta certezza le caratteristiche e le qualità essenziali dell'oggetto dell'appalto o fornisce una descrizione che riveli in modo chiaro ed inequivocabile l'importanza di tali caratteristiche. In situazioni in cui manca tale certezza e persiste un margine di ambiguità riguardo alla portata effettiva delle clausole del bando, il principio residuale prevede di interpretare la "*lex specialis*" nel rispetto del principio del "*favor*

participationis", il quale promuove un più ampio confronto tra i concorrenti, e della necessità di specificità e chiarezza delle cause di esclusione". (Consiglio di Stato sez. III, 12/08/2024, n.7102).

Sulla base di quanto sopra osservato, la censura è da respingere.

Con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce che l'operato della Stazione Appaltante sarebbe suscettibile di censura anche per la violazione del combinato disposto di cui agli artt. 95, comma 1, lett. e); 96 e 98 del D.Lgs. n. 36 del 2023

La controinteressata, difatti, ha rilasciato una dichiarazione, ai sensi gli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445 del 2000, attestante, tra l'altro, che "i prodotti offerti sono conformi alle prescrizioni tecniche del Capitolato Speciale d'Appalto e relativi allegati". Essa avrebbe garantito la corrispondenza del prodotto offerto alle caratteristiche tecniche della disciplina di gara. La dichiarazione, pertanto, non sarebbe veritiera.

M., se da un lato ha attestato - fosse anche per semplice negligenza - un prodotto conforme a quello richiesto dalla Stazione Appaltante, dall'altro, avrebbe offerto un prodotto diverso, acquistato a un minor costo.

L'aggiudicataria, pertanto, avrebbe fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sulla selezione o l'aggiudicazione.

Il seggio di gara, quindi, avrebbe dovuto verificare le dichiarazioni rese dai partecipanti e a riscontrarne la correttezza, avuto riguardo alle allegazioni da questi prodotte. Sotto tale aspetto, l'operato della stazione appaltante sarebbe censurabile sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, motivazione, ingiustizia manifesta e contraddittorietà.

Pertanto, il fatto di avere fornito informazioni non corrispondenti a quelle reali sarebbe sanzionabile con l'esclusione dalla gara in base all'art. 95, comma 1 lett. e) in combinato disposto con l'art. 98 del D.Lgs. n. 36 del 2023.

La censura è infondata.

L'art. 94 comma lett. e) prevede che: "1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: ... e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi".

L'art. 98 comma 3, a sua volta, prevede che "3. L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: ... b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione"

In proposito, la giurisprudenza, con osservazioni riferite al previgente Codice dei contratti pubblici ma indubbiamente valide anche per le nuove disposizioni di settore, ha precisato che le norme citate, nel consentire l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che fornisca anche per negligenza informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sulla selezione o l'aggiudicazione, include indubbiamente, nell'ambito delle dichiarazioni da essa considerate rilevanti, anche quelle relative alle caratteristiche dell'offerta ove idonee a influire sul processo decisionale dell'amministrazione, in ordine all'attribuzione del punteggio o più in generale all'individuazione del concorrente aggiudicatario (cfr. C.d.S., sez. V, 8 maggio 2018, n. 2747).

Con riferimento alla fattispecie concreta, dall'esame della Scheda Tecnica del contenitore offerto dalla M. S.p.A. si evince che il peso indicato è di gr. 13.50.

Quanto dichiarato, quindi, è corrispondente al vero.

A giudizio del Collegio, la corretta informazione fornita sul peso esclude che la dichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445 del 2000 ("che i prodotti offerti sono conformi alle prescrizioni tecniche del Capitolato Speciale d'Appalto e relativi allegati ed alle specifiche normative vigenti in materia") possa essere considerata idonea ad influire sul processo decisionale dell'amministrazione. Il dato che, secondo la prospettazione della ricorrente, dovrebbe essere decisivo ai fini dell'alterazione, è stato, difatti, correttamente fornito alla stazione appaltante.

La censura, pertanto, è da respingere.

Con il terzo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce che la stazione appaltante avrebbe operato in spregio ai principi posti dagli artt. 1, 2, 3, 4 e 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023. Difatti, il contratto sarebbe stato affidato all'operatore economico controinteressato, in evidente violazione delle regole cui la stessa amministrazione si sarebbe autovincolata a monte mediante la determinazione di specifiche caratteristiche, certamente pensate in modo funzionale al migliore utilizzo e alla destinazione del bene oggetto della fornitura.

Il Collegio non condivide.

Per quanto osservato in relazione al primo motivo di censura, la stazione appaltante non è incorsa in nessuna violazione dell'autovincolo posto attraverso la *lex specialis*. Non si rinviene nessuna violazione delle caratteristiche e specifiche tecniche minime nell'offerta presentata dalla controinteressata. Nel rispetto di tali presupposti, l'aggiudicazione è avvenuta alle migliori condizioni economiche, conseguendo il risultato di un affidamento parsimonioso.

Inoltre, come confermato anche in sede risposta all'istanza in autotutela presentata dalla ricorrente, la mancata espulsione di un concorrente per l'assenza nella *lex specialis* di una specifica previsione escludente, consente di ritenere l'operato della stazione appaltante coerente con il principio della fiducia e con l'affidamento che l'operatore economico ripone nell'operato dell'amministrazione.

Nemmeno è possibile riscontrare una violazione al principio dell'accesso al mercato che, come correttamente rilevato dalla difesa della stazione appaltante, è stato correttamente garantito da M.R. S.p.A. nell'avallare un'interpretazione della *lex specialis* diretta a favorire la massima partecipazione. La censura, pertanto, non può che essere disattesa.

Con il quarto ed ultimo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta che i vizi che affliggerebbero i provvedimenti inerenti alla procedura di gara conclusasi con l'aggiudicazione in favore della controinteressata, inciderebbero, per le stesse doglianze esplicitate con i motivi che precedono, anche il diniego di annullamento dell'aggiudicazione in sede di autotutela.

La censura è inammissibile.

La società ricorrente, con istanza del 20.05.2023, ha chiesto alla stazione appaltante l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione della gara.

Con nota del 28.05.2023, M.R. così riscontrava la predetta istanza: "... l'offerta presentata dell'impresa M. S.p.A. è risultata essere la migliore; i rilievi da Voi formulati concernono caratteristiche che non sono state indicate a pena di esclusione e che il prodotto offerto dal soggetto aggiudicatario consente l'esecuzione a regola d'arte della fornitura. Atteso tutto quanto sopra Si comunica che la Vs istanza non può essere accolta".

Sul punto, giurisprudenza consolidata così statuisce: "allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) o di conferma in senso proprio (e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi. In particolare, non può considerarsi meramente confermativo, rispetto ad un atto precedente, l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può condurre a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita ad un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione. Ricorre invece l'atto meramente confermativo quando l'Amministrazione si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione" (C.d.S., sez. V, 17 gennaio 2019, n. 432; cfr. anche, ex multis, C.d.S., sez. IV, 14 aprile 2014, n. 1805; Id., 12 febbraio 2015, n. 758; Id., 29 febbraio 2016, n. 812; Id., 12 ottobre 2016, n. 4214).

Nella fattispecie concreta, l'assenza di ulteriori adempimenti istruttori e, più in generale, di un appropriato procedimento amministrativo diretto al riesame dell'originario provvedimento,

attribuisce alla predetta nota il carattere di atto meramente confermativo e, per tale via, priva di autonoma portata lesiva.

La legittimità dell'operato della stazione appaltante esclude qualunque pretesa risarcitoria.

Sulla base di quanto sopra osservato, pertanto, il ricorso è complessivamente da respingere.

La peculiarità della vicenda in esame suggerisce l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Conclusione

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Luigi Rossetti, Referendario, Estensore