

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 8017 del 2022, proposto dalla s.p.a. S., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andreina Degli Esposti e Riccardo Villata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- l'ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;- la Regione Toscana, in persona del Presidente pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 955/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. La società S. S.p.a. ha chiesto la riforma, previa sospensione della relativa esecutività, della sentenza del 21 luglio 2022 n. 955, con cui il T.A.R. per la Toscana, Sez. III, ha respinto il ricorso n. 756/22 proposto avverso il provvedimento di esclusione dell'appellante dalla procedura indetta per l'affidamento triennale della fornitura di stent vascolari, stent carotidei a doppia mesh e sistemi di protezione antiembolica cerebrale (lotto 14).

1.1. La suddetta misura espulsiva veniva emessa a cagione del fatto che l'offerta presentata non copriva tutte le misure incluse nella gamma di diametri da 10 a 24 mm.

S. aveva, infatti, offerto una gamma di dispositivi con diametro 14, 16, 18, 20, 22 e 24 mm, che non comprendeva il diametro da 10 mm, ovvero sia la misura minima per il lotto qui in rilievo (oltre che la misura 12).

2. Il TAR, pur ravvisando profili di possibile contraddittorietà tra le prescrizioni della legge di gara, ha ritenuto che l'esclusione disposta dalla stazione appaltante fosse coerente con il significato letterale dei requisiti di minima, soggiungendo che non risultavano proposte, in aggiunta a quelle articolate avverso il provvedimento di espulsione, censure riferite anche all'impianto regolatorio della procedura selettiva in argomento.

3. Con il mezzo qui in rilievo la società appellante chiede la riforma della suddetta decisione. Nel costruito giuridico dell'appellante l'intervallo della gamma di diametri da 10 a 24 mm costituirebbe, per il lotto d'interesse (n. 14), un mero range in cui doveva rientrare il diametro del dispositivo offerto.

Tanto emergerebbe anche dal raffronto con altri lotti (ad es. 3, 15-17) rispetto ai quali ESTAR aveva apposto l'espressione "estremi inclusi", indicante la necessità che il concorrente presentasse dispositivi della misura minima e massima di diametro.

Peraltro, in senso conforme alla opzione esegetica privilegiata la società appellante richiama il disciplinare (p. 45) che individua un punteggio migliorativo per le misure aggiuntive comunque rientranti nel citato range di misure, punteggio che pertanto non avrebbe avuto senso alcuno qualora tutte le misure fossero state obbligatorie.

4. Resiste in giudizio ESTAR, che ha concluso per il rigetto dell'appello.

5. All'udienza di trattazione dell'istanza cautelare, previo avviso alle parti presenti, il ricorso è stato trattenuto in decisione ai sensi e per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 60 e 98 cod. proc. amm.

6. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

6.1. Ai fini di un compiuto inquadramento della res iudicanda giova qui ricostruire la cornice giuridica di riferimento.

6.2. Nella detta prospettiva, è utile ricordare che, a norma dell'articolo 3.1. del capitolato, le caratteristiche tecniche specifiche dei prodotti sarebbero state declinate nel documento CH-1, rubricato "specifiche tecniche e quantitativi".

Tale ultimo documento, quanto al requisito dimensionale dei diametri del lotto qui in rilievo, così disponeva "Gamma dei diametri: da 10 a 24 mm".

6.3. Già sulla scorta di tale disposizione si rivela condivisibile l'opzione esegetica privilegiata dal TAR dal momento che il significato letterale della proposizione sopra trascritta prevede una gamma di misure senza escluderne nessuna e, dunque, già alla stregua del criterio letterale la fornitura avrebbe dovuto soddisfare l'intera gamma dei diametri richiesti.

Com'è noto, a tutela del principio della par condicio dei concorrenti di una gara d'appalto pubblica, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una lex specialis, vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 cod. civ. (da ultimo, Cons. Stato, V, 2 marzo 2022 n. 1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322): 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 (Cons. Stato, VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

6.4. D'altro canto, tale approdo esegetico rinviene una diretta conferma nella lettura sistemica del capitolato, sia rispetto alle altre disposizioni interne al lotto in questione che riferita all'intero impianto di disciplina dei requisiti tecnici di minima (con riferimento dunque anche agli altri lotti).

E, invero, la *lex specialis* ha indicato espressamente i casi in cui fosse da ritenere sufficiente disporre solo di alcune delle misure contenute nel range, indicando in siffatte evenienze il numero minimo di misure necessario e talvolta richiedendo espressamente l'inclusione degli estremi. Tanto è a dirsi, ad esempio, quanto alla previsione, rispetto al lotto n. 14, della gamma di lunghezze richieste "varia gamma di lunghezze da 40 a 160 mm con almeno 3 misure nei vari diametri" ovvero, rispetto allo stesso parametro selettivo della gamma dei diametri, nel distinto lotto 15, ove si faceva riferimento alla "gamma dei diametri: almeno 3 misure fra 6 e 18 mm (estremi inclusi)".

In altri termini, nel raffronto con le altre prescrizioni capitolari, incluse quelle richiamate dall'appellante, emerge, rispetto al criterio selettivo qui in rilievo, la diversa tecnica descrittiva utilizzata dal capitolato che, nei soli casi in cui non fosse necessario coprire l'intera gamma delle misure richieste, precisava di volta in volta quante misure avrebbero dovuto essere garantire e, in alcuni casi, quali inderogabilmente.

6.5. Sotto distinto profilo, si rivela perspicua anche l'ulteriore osservazioni svolta dal TAR secondo cui l'alternativa opzione si rivelerebbe anche del tutto illogica in quanto - in mancanza di qualsiasi indicazione idonea ad orientare la scelta all'interno del range fissato - spetterebbe ai concorrenti la individuazione del numero di misure minime da offrire (in ipotesi anche solo una).

7. L'unico profilo di distonia, oltretutto rilevato anche dal TAR, si coglie nell'oggettiva contraddizione tra il requisito essenziale del prodotto qui in rilievo e uno dei criteri di valutazione previsto dal disciplinare (p. 45), che prevede un punteggio premiale per le misure aggiuntive ricomprese nel citato range, non coniugabile con il criterio interpretativo incentrato sull'obbligatorietà di tutte le misure contenute nel range medesimo.

7.1. Pur tuttavia, in siffatta evenienza, e come correttamente rilevato dal TAR, la soluzione non può essere quella di forzare l'interpretazione del requisito essenziale oltre il significato letterale, sistematico e logico della disciplina che lo governa ma semmai quella della presa d'atto di un'insanabile contraddizione della legge di gara, che però non risulta attratta, sotto tale profilo, nel fuoco della contestazione.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello va respinto.

Le spese del presente grado di giudizio in ragione della obiettiva controvertibilità della vicenda scrutinata possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere