

APPALTI: Contratti della P.A. - Offerta tecnica - Difformità essenziali - Principio dell'equivalenza - Finalità - Esclusione dalla gara - Legittimità.

Tar Campania - Napoli, Sez. V, 7 luglio 2021, n. 4658

“[...] il principio di equivalenza non [é] invocabile ogniqualvolta l'offerta abbia a oggetto un bene che non rispetta le caratteristiche tecniche obbligatorie previste per la fornitura e, come tale, si risolva in un inammissibile aliud pro alio. La giurisprudenza ha chiarito che l'indiscriminata ammissione alla gara di offerte, non rispondenti alle specifiche produttive, funzionali e prestazionali richieste per la partecipazione, finirebbe per violare la parità di trattamento dei concorrenti, oltre a rendere di fatto indeterminato l'oggetto del contratto e vanificare le finalità pratiche e le esigenze concrete perseguite dalla stazione appaltante al momento della indicazione di un determinato standard tecnico-produttivo [...]”.

“[...] se il prodotto è richiesto nel bando con determinati requisiti essenziali, il principio di equivalenza, la cui finalità pro-concorrenziale è evidente, non può essere utilizzato in corso di gara per modificarne surrettiziamente la lex specialis, includendo tra i concorrenti ammessi quanti offrano beni con caratteristiche materiali o funzionali alternative - anche se, in qualche misura fungibili con quelli indicati nel capitolato, in tal modo danneggiando palesemente gli offerenti che abbiano per contro puntualmente osservato la disciplina della gara (o chi avesse deciso di non concorrere, non disponendo del tipo di bene domandato).

In tali casi non può sostenersi che spetterebbe alla commissione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, valutare comunque in concreto l'equivalenza del prodotto, giacché il ruolo della commissione non può spingersi sino al punto di modificare sostanzialmente l'oggetto della gara, individuando prodotti oggettivamente diversi da quelli previsti invece espressamente dalla lex specialis [...]”.

FATTO e DIRITTO

1.- L'odierna ricorrente ha premesso in fatto le seguenti circostanze:

con deliberazione n. 876/2018, l'Asl di Caserta aveva indetto una procedura concorsuale avente ad oggetto “l'affidamento triennale, rinnovabile per altri due anni, di reagenti con service delle apparecchiature” suddivisa in più lotti, tra cui il lotto n. 6 (c.i.g. n. 7574319DC2), per la cui aggiudicazione ha concorso la ricorrente, avente ad oggetto sistemi per la “diagnosi molecolare infettiva pediatrica”;

entro il termine ultimo indicato dalla lex specialis pervenivano alla stazione appaltante due offerte da parte rispettivamente dell'odierna ricorrente e della SMC s.r.l., entrambe ammesse dalla commissione valutatrice;

il seggio di gara, all'esito della valutazione tecnico-economica delle offerte presentate, aveva redatto la graduatoria finale che vedeva SMC s.r.l. conseguire un punteggio pari a 92 punti, così da prevalere sulla BioMérieux s.p.a., avendo quest'ultima ottenuto una valutazione pari a 86,03 punti; pertanto, con deliberazione n. 19 dell'8 gennaio 2021, il lotto n. 6 era stato aggiudicato alla SMC s.r.l..

Avverso tale ultima deliberazione è insorta l'odierna ricorrente proponendo due ordini di censure. In primo luogo, ha sostenuto la nullità/inesistenza dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria, poiché dall'esame della documentazione conseguita a seguito dell'espletato accesso documentale era emerso che l'offerta tecnica, - in particolare il progetto tecnico -, nonostante le espresse indicazioni contenute nel disciplinare, non era stata sottoscritta dal legale rappresentante della società partecipante. Tanto avrebbe dovuto determinare l'esclusione dell'aggiudicataria senza alcuna possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

Con un secondo ordine di censure ha, poi, contestato la mancata esclusione dell'aggiudicataria, nonostante il prodotto offerto, ovverosia lo strumento di estrazione denominato Magnesia 16, presentasse delle caratteristiche tecniche che lo rendevano manifestamente non conforme ai requisiti minimi prescritti dalla lex specialis ai nn. 4, 5, 6, 8 del capitolato tecnico.

Si costituiva l'azienda resistente che, nel contestare la fondatezza dell'avversa prospettazione, da un lato, evidenziava che i requisiti indicati dalla ricorrente come essenziali ai fini del giudizio di conformità, in realtà, non erano idonei a fondare l'invocata sanzione espulsiva in assenza di una specifica previsione del bando in tal senso deponente; dall'altro, che il giudizio cui era pervenuto il seggio di gara era stato condotto in applicazione del principio di equivalenza.

Con ordinanza n. 595/2021, il Collegio accoglieva la domanda cautelare, fissando ai sensi dell'art. 55 comma 10 c.p.a. per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 15 giugno 2021.

A tale udienza, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 del D.L.137/2020 e del D.L. n. 44/2021, conv. in L. 76/2021, il ricorso è stato chiamato per la discussione e quindi trattenuto in decisione.

2.- Il gravame è fondato e merita accoglimento in ragione del carattere assorbente e decisivo del secondo ordine di censure articolato dalla ricorrente, il cui prioritario esame è consentito dal principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., a mente dei quali la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a

tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico-sistematica, tale da sostituire il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c. e dell'art. 39 c.p.a. (cfr.: Consiglio di Stato, sez. IV, 15/04/2021, n. 3094).

Difatti, non collide e non pregiudica l'effettività della tutela quella tecnica di giudizio che, in attuazione dei principi del giusto processo, tra cui figurano anche la celerità e le esigenze di economia processuale, seleziona i motivi da scrutinare: a) in forza della c.d. ragione più liquida; b) in ragione della ripetitività dei motivi medesimi rispetto ad altri già esaminati e respinti; c) nel caso in cui il provvedimento impugnato si fondi su una pluralità di ragioni autonome, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso una delle ragioni poste a base dell'atto controverso, idonea, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 27/08/2019, n. 5891).

3.- Tanto preliminarmente chiarito, con il secondo articolato motivo di gravame la ricorrente ha contestato la mancata esclusione dell'aggiudicataria nonostante l'offerta da quest'ultima presentata avesse ad oggetto un prodotto, lo strumento di estrazione denominato "*Magnesia 16*", non conforme ai requisiti minimi prescritti dalla lex specialis ai nn. 4, 5, 6, 8 del capitolato tecnico.

Al riguardo si rammenta che, sebbene, in linea di principio, la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma sono inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., tale limite non ricorre allorché, come nell'odierna fattispecie, la valutazione tecnica delle offerte presentate sia affidata alla meccanica individuazione della presenza o meno degli elementi specificati nei criteri (secondo il metodo di attribuzione c.d. " on/off " come nel caso di specie).

In tali casi, se i criteri di valutazione sono affidati a dettagliati requisiti selettivi di carattere automatico, quando si manifesta l'incongruità dei punteggi attribuiti dalla Commissione di gara, il concorrente legittimamente può chiedere una pronuncia del giudice amministrativo sulla legittima, o meno, applicazione dei meccanismi della lex specialis alla sua offerta.

Il sindacato operato in questa sede non mira infatti alla estemporanea ridefinizione dei punteggi discrezionalmente assegnati, ma esclusivamente alla verifica della corretta valutazione di fattori fattuali indebitamente ignorati (così Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2019, n. 2893).

Secondo costante e condivisa giurisprudenza, le difformità essenziali dell'offerta tecnica tali da rivelare l'inadeguatezza del prodotto proposto rispetto ai requisiti minimi previsti dalla Stazione appaltante comportano necessariamente l'esclusione dell'offerente dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio (cfr.: Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804). Viene, in tal caso, a determinarsi la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto da cui deriverebbe necessariamente, oltre ad un documento per la Stazione appaltante, anche una chiara lesione del principio della par condicio participationis. (cfr.: T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 23/07/2020, n. 3259).

In definitiva, "la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un "aliud pro alio" idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione; tale rigido automatismo, valido anche in assenza di un'espressa comminatoria escludente, opera tuttavia solo nel caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione Pubblica e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie ed indefettibili" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084).

3.1.- Così delineato il quadro giurisprudenziale di riferimento nel cui ambito deve essere l'odierna controversia, osserva il Collegio che la scheda tecnica predisposta per il prodotto oggetto del lotto conteso (lotto n. 6 - "DIAGNOSI MOLECOLARE INFETTIVOLOGICA PEDIATRICA") imponeva, tra l'altro, quali "*Caratteristiche essenziali dello strumento di estrazione*", i seguenti requisiti minimi:

- Volume di eluato variabile, di 5 microl in 5microl, a partire da 25 microl fino a più di 100 microl;
- Possibilità di estrarre campioni lisati e non lisati;
- Impiego di un solo set di reattivi ed un unico protocollo per sangue intero, campioni respiratori e tutti i tipi di campione acellulari;
- Durata della fase di estrazione non superiore ad 1 ora".

Tuttavia, dall'analisi della documentazione tecnica (manuale utente, scheda e relazione tecnica) allegata dall'aggiudicataria sono emerse, rispetto alle sopra elencate caratteristiche essenziali, le seguenti difformità:

lo strumento offerto presenta un "volume di eluizione" di "60 µl/ 100µl/ 150µl/ 200µl", essendo così funzionale a trattare volumi di eluato soltanto a partire da 60 microlitri, e non da 25 microlitri come – per contro - richiesto dalla lex specialis, senza presentare peraltro la possibilità di variare i volumi di 5 microlitri in 5 microlitri:

i set di estrazione offerti in gara sono capaci di processare solo campioni non lisati;

il Magnesia 16 necessita di 2 set di reattivi, uno dedicato all'estrazione batterica (Magnesia Bacterial (gram +/-) DNA Extraction Kit) ed un altro dedicato all'estrazione virale (Magnesia Viral DNA/RNA Extraction Kit);

il manuale utente dello strumento, infine, alla voce "tempo di elaborazione" specifica: "30-70 minuti (dipende dal metodo e dal tipo di campione)", laddove il requisito minimo imponeva un tempo di processamento non superiore ai 60 minuti.

Pertanto, dalla disamina della predetta documentazione è emersa l'inosservanza da parte dello strumento offerto dall'aggiudicataria delle caratteristiche essenziali prescritte dalla scheda tecnica relativa al lotto conteso, dovendosi al riguardo rimarcare che la relazione tecnica è chiamata ad assolvere la funzione di consentire alla commissione incaricata della valutazione delle offerte di: a) verificare il rispetto delle caratteristiche tecniche minime richieste; b) apprezzare le eventuali caratteristiche tecniche migliorative rispetto alle prescrizioni minime del presente capitolato.

Da tanto si desume che tutti gli elaborati chiamati ad integrare la documentazione tecnica possono astrattamente concorrere, in misura equivalente, almeno sul piano formale, alla definizione ed illustrazione delle caratteristiche dei singoli prodotti nonché alla valutazione qualitativa e di merito circa la rispondenza e conformità ai parametri tecnici richiesti, cosicché il seggio di gara, nel valutare la conformità o meno del prodotto offerto, deve procedere esclusivamente alla loro integrale disamina (cfr.: Cons. Stato, sez. III, n. 2567/2018 e n. 4560/2019; id., sez. V, n. 8700/2019).

3.2.- Tale negativa valutazione del prodotto offerto, palesemente difforme rispetto a quello oggetto del contratto da aggiudicare, non è affatto elisa dalle argomentazioni difensive articolate dalla resistente amministrazione che, da un lato, ha sostenuto la portata non escludente delle indicate caratteristiche essenziali in quanto non espressamente assistite dalla sanzione espulsiva; dall'altro, la ricorrenza nella fattispecie de qua della corretta applicazione, da parte del seggio di gara, del principio unionale dell'equivalenza.

Quanto alla prima difesa, il Collegio non può esimersi dall'osservare che le caratteristiche essenziali e indefettibili - ossia i requisiti minimi - delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis della gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, poiché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta.

Diversamente da quanto sostenuto dalla resistente amministrazione, non depone in senso contrario la circostanza che la lex specialis non disponga espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese, risolvendosi tale difformità in un aliud pro alio

che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2019 n. 5260).

Nondimeno, come è stato precisato (v. Cons. Stato, Sez. III, 14 maggio 2020 n. 3084), questo rigido automatismo opera nel solo caso, al pari di quanto verificatosi nell'odierna fattispecie, in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie, sicché il principio della esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di estromissione dalla procedura selettiva, non può che valere nei casi in cui la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualifichino come caratteristiche minime, vuoi perché espressamente definite come tali nella disciplina stessa, vuoi perché la descrizione operata dalla disciplina di gara è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta, mentre - ove questa certezza non vi sia e sussista al contrario un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando - riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività delle cause di esclusione.

Nella fattispecie, come si è visto, la scheda tecnica contenuta nel capitolato di gara ha chiaramente richiamato l'attenzione dei concorrenti sulla necessità di formulare offerte tecniche rispettose delle caratteristiche espressamente indicate come essenziali, da intendersi quindi quali elementi imprescindibili dei prodotti da offrire, sovvenendo a tal proposito il consolidato orientamento giurisprudenziale in forza del quale l'interpretazione del disciplinare 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), che impongono 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, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, il quale impone alla pubblica Amministrazione di operare 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. Tanto a presidio dell'affidamento dei partecipanti ad una gara pubblica, della par condicio dei concorrenti e dell'esigenza della più ampia partecipazione (v., tra le altre, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 24 novembre 2020 n. 5517).

Pertanto, a fronte delle carenze riscontrate nell'offerta della concorrente classificatasi al primo posto della graduatoria finale, la stazione appaltante avrebbe dovuto provvedere alla sua esclusione dalla procedura selettiva, pur in assenza di un'apposita comminatoria (cfr.: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 23/03/2021, n.762).

3.3.- Parimenti, in ragione della portata delle caratteristiche tecniche essenziali richieste dal capitolato, deve escludersi la possibilità di invocare nella fattispecie il ricorso al principio di equivalenza.

L'art. 68, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 afferma che "Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche".

Deve innanzitutto precisarsi che "l'equivalenza attiene alle specifiche tecniche in senso proprio, consistenti cioè in standard capaci di individuare e sintetizzare alcune caratteristiche proprie del bene o del servizio, espressi in termini di certificazione, omologazione, attestazione, o in altro modo" (T.A.R. Toscana, sez. III, 23 luglio 2020, n. 961).

Il giudizio di equivalenza presuppone quindi la previsione di uno standard tecnico normativo e non opera rispetto a grandezze comuni o a caratteristiche che, piuttosto che individuare specifiche tecniche del prodotto, ne definiscono la tipologia, limitandosi a delineare l'oggetto dell'affidamento o, come nel caso di specie, a valorizzarne talune caratteristiche ritenute essenziali e prioritarie ai fini della stessa ammissione dell'offerta alla valutazione del seggio di gara (cfr. arg. ex Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3808).

La finalità dell'art. 68 del d.lg. 163/2006 è quella di evitare indebite restrizioni alla concorrenza ed alla partecipazione ai pubblici appalti, che potrebbero verificarsi in caso di indicazione, da parte delle stazioni appaltanti, di specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive oppure costituite da una determinata fabbricazione o provenienza, se non addirittura da uno specifico marchio o brevetto; situazioni queste che sono scongiurate dall'obbligo in capo ai committenti di menzione nella legge di gara dell'espressione "o equivalente" (cfr. i commi 3 lettera " a " e 13 dell'art. 68); tuttavia, nel caso in cui il committente indichi e circoscriva l'oggetto dell'appalto con riferimento ad un prodotto esistente, connotato da specifiche caratteristiche espresse in grandezze numericamente fisse, il richiamo al principio di equivalenza non può consentire di distorcere

completamente l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente (insomma, un vero e proprio "aliud pro alio"), finendo così per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto medesimo" (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 10/02/2017, n.328).

Nella sostanza, non può fare a meno di osservarsi come il principio di equivalenza non sia invocabile ogniqualvolta l'offerta abbia a oggetto un bene che non rispetta le caratteristiche tecniche obbligatorie previste per la fornitura e, come tale, si risolva in un inammissibile aliud pro alio. La giurisprudenza ha chiarito che l'indiscriminata ammissione alla gara di offerte, non rispondenti alle specifiche produttive, funzionali e prestazionali richieste per la partecipazione, finirebbe per violare la parità di trattamento dei concorrenti, oltre a rendere di fatto indeterminato l'oggetto del contratto e vanificare le finalità pratiche e le esigenze concrete perseguite dalla stazione appaltante al momento della indicazione di un determinato standard tecnico-produttivo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568).

Nel caso in esame, le caratteristiche essenziali indicate dalla scheda tecnica non integrano delle specifiche tecniche nel senso appena precisato, trattandosi, piuttosto, di caratteristiche che definiscono l'oggetto della fornitura, attraverso la valorizzazione di requisiti prestazionali, quantitativamente determinati, ritenuti indispensabili dalla stazione appaltante, alla luce dei propri bisogni, nella fase di predisposizione degli atti di gara, onde procurarsi un estrattore idoneo a realizzare la diagnosi molecolare infettivologica pediatrica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

Pertanto, nella fattispecie, non si ricade nell'ipotesi prevista dall'art. 68 di richiesta di un prodotto così specificamente individuato da restringere esageratamente la possibilità di partecipazione alla gara (comma 2 e 4); trattandosi di caratteristiche minime della fornitura, individuata dal punto di vista della funzionalità (e non del marchio o della produzione), la stazione appaltante non era tanto obbligata a valutare il prodotto equivalente, quanto a riscontrare la presenza di tutte le caratteristiche richieste nel bando per il corretto e ottimale funzionamento del bene.

In altri termini, se il prodotto è richiesto nel bando con determinati requisiti essenziali, il principio di equivalenza, la cui finalità pro-concorrenziale è evidente, non può essere utilizzato in corso di gara per modificarne surrettiziamente la *lex specialis*, includendo tra i concorrenti ammessi quanti offrano beni con caratteristiche materiali o funzionali alternative - anche se, in qualche misura fungibili con quelli indicati nel capitolato, in tal modo danneggiando palesemente gli offerenti che abbiano per contro puntualmente osservato la disciplina della gara (o chi avesse deciso di non concorrere, non disponendo del tipo di bene domandato).

In tali casi non può sostenersi che spetterebbe alla commissione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, valutare comunque in concreto l'equivalenza del prodotto, giacché il ruolo della commissione non può spingersi sino al punto di modificare sostanzialmente l'oggetto della gara, individuando prodotti oggettivamente diversi da quelli previsti invece espressamente dalla *lex specialis*.

Se l'amministrazione, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha ritenuto che l'estrattore dovesse necessariamente presentare le caratteristiche essenziali puntualmente indicate, non appare possibile offrire un prodotto diverso.

Se poi, per ipotesi, un operatore avesse reputato tali requisiti prestazionali illogici o troppo restrittivi, allora avrebbe dovuto ritualmente impugnare la legge di gara e non offrire un prodotto radicalmente differente, confidando in una abnorme applicazione del principio di equivalenza da parte della commissione.

Non appare ultroneo osservare che "Il principio della tassatività delle cause di esclusione da una gara non può essere interpretato nel senso che non possa legittimamente essere esclusa dalla gara un'impresa che abbia offerto un prodotto privo dei requisiti minimi di carattere tecnico richiesti per la partecipazione, poiché le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto; precisamente, le caratteristiche tecniche previste nel capitolato di appalto valgono a qualificare i beni oggetto di fornitura e concorrono, dunque, a definire il contenuto della prestazione sulla quale deve perfezionarsi l'accordo contrattuale, di talché eventuali e apprezzabili difformità registrate nell'offerta concretizzano una forma di *aliud pro alio* comportante, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di apposita comminatoria" (cfr.: T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 10/01/2019, n. 1).

Sulla base delle sopra esposte considerazioni, assorbite le ulteriori censure dedotte, il ricorso è meritevole di accoglimento con annullamento dei provvedimenti impugnati nella parte in cui non hanno escluso l'odierna aggiudicataria, nulla dovendosi disporre in ordine all'eventuale efficacia del contratto, attesa la mancata intervenuta stipulazione.

Essendo la ricorrente seconda classificata, sussiste nondimeno la certezza che essa avrebbe titolo a conseguire l'aggiudicazione ed il contratto in luogo della originaria aggiudicataria, il che di per sé implica la ricorrenza della possibilità di disporre il risarcimento in forma specifica.

In ossequio ai cardini dell'effettività dei mezzi processuali e della celerità, economicità nonché del buon andamento della P.A., successivamente alla sentenza che ha annullato l'aggiudicazione precedente per un vizio dell'offerta proprio dell'impresa aggiudicataria, la stazione appaltante, invero, non ha affatto l'obbligo di rinnovare l'intera procedura di gara ma deve piuttosto procedere allo scorrimento della graduatoria, nella quale la ricorrente vittoriosa si è classificata seconda, con offerta valutata come non anomala dall'Amministrazione e previa verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione ed esecuzione (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20/04/2016, n. 1560; Consiglio di Stato, sez. IV, 22/12/2014, n. 6336; Consiglio di Stato, sez. III, 19/12/2011, n. 6638).

In sostanza, nelle gare indette per l'affidamento di appalti pubblici lo scorrimento della graduatoria dei concorrenti, di norma, costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo della stazione appaltante corrispondente al diritto del partecipante alla gara di consentire alla parte vittoriosa di conseguire il "bene della vita" legittimamente spettantegli.

4.- Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, annulla gli atti gravati con gli effetti di cui in motivazione;

condanna l'azienda resistente e la controinteressata, in solido tra loro, al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente che liquida in € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio, tenutasi mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 D.L. n. 137/2020 e del D.L. 44 del 2021, conv. in L. 76/2021, del giorno 15 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Fabio Maffei, Referendario, Estensore