

Publicato il 08/04/2026

N. 02782 /2026 REG.PROV.COLL.
N. 07817/2025 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7817 del 2025, proposto dall'Azienda Sanitaria di Fermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9890248AD5, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Menditto, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Conca D'Oro n. 285;

contro

Bausch & Lomb-Iom S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Leonardo Giovanni De Vecchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Aarsmed S.r.l., Tec Med Marche S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Seconda) n. 649/2025, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bausch & Lomb-Iom S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2026, il Cons. Angelo Roberto Cerroni e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con determina del D.G. n. 429 del 29 giugno 2023, l'Azienda Sanitaria Territoriale di Fermo ha indetto una procedura aperta *ex art.* 60 del d.lgs. n. 50/2016 per l'aggiudicazione di n. 2 Lotti aventi ad oggetto la fornitura, in noleggio, di sistemi per la chirurgia oculistica e materiali di consumo.

1.1. - Viene qui in rilievo il Lotto n. 1 (CIG 9890248AD5), relativo al "*Sistema per chirurgia della cataratta*" e suddiviso in 2 sub-lotti non aggiudicabili separatamente, aventi ad oggetto la fornitura, con relativa manutenzione e assistenza tecnica *full risk*, di un sistema per facoemulsificazione della cataratta e vitrectomia anteriore (sub-lotto n. 1.1) e l'acquisto di materiale di consumo dedicato (sub-lotto n. 1.2), comprensivo, *inter alia*, di kit retrattori iride e dilatatore pupillare ad anello flessibile con fori di posizionamento (riferimenti nn. 6 e 7 dell'art. 3.1 del capitolato descrittivo e prestazionale).

1.2. – L'operatore Bausch & Lomb-IOM S.p.A. (qui di seguito, *breviter*, Bausch) ha partecipato alla gara proponendo un prodotto – il dilatatore pupillare ad uncino –

asseritamente equivalente a quello richiesto dalla S.A., attestandone l'equivalenza funzionale mediante apposita relazione tecnica.

1.3. – In data 6 dicembre 2023, verificata la documentazione amministrativa e constatata la partecipazione di due soli concorrenti per il Lotto n. 1, Bausch e Aarsmed S.r.l., il seggio di gara ha ammesso Bausch alla fase di valutazione dell'offerta tecnica, mentre ha escluso Aarsmed per il mancato corretto caricamento della domanda di partecipazione. Successivamente, in data 19 marzo 2024, si è svolta la prova pratica di quanto offerto da Bausch, nel cui verbale è stato previsto che il relativo esito, nonché le valutazioni riferite al possesso dei requisiti tecnici minimi e la valutazione di qualità sarebbero confluite nella relazione tecnica conclusiva.

2. – In data 5 novembre 2024, la Commissione giudicatrice ha comunicato all'impresa rimasta in gara il provvedimento di esclusione dalla procedura con cui, sulla base delle risultanze di cui al verbale del 17 ottobre 2024, non ha ammesso Bausch alla fase di valutazione qualitativa dell'offerta tecnica – e, quindi, alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica – per mancanza di un requisito minimo previsto nel capitolato, alla luce del rilevato difetto di equivalenza tecnica tra il materiale di consumo proposto in gara e quello richiesto dalla *lex specialis* (determina del Direttore dell'U.O.C. Acquisti e Logistica n. 1 del 4 novembre 2024).

3. – Con rituale ricorso innanzi al T.A.R. per le Marche, Bausch ha impugnato il provvedimento di esclusione e tutti gli atti della procedura, chiedendo l'accertamento del diritto a ottenere di essere riammessa alla gara e identificata quale aggiudicataria della medesima, nonché la condanna dell'A.S.T. al risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente. Nel primo motivo di ricorso, la ricorrente ha stigmatizzato la valutazione di non equivalenza espressa dalla Commissione, rea di non aver inteso l'equivalenza in senso "funzionale", ovvero avendo riguardo alla "*conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte*"; ciò l'avrebbe indotta, da un lato, a non contestare l'identità funzionale tra materiale

richiesto e prodotto offerto e, dall'altro, a basare la propria valutazione su una generica "esigenza" della Stazione Appaltante. Con un secondo motivo, la deducente ha contestato la suddetta valutazione poiché "*indebitamente restrittiva della concorrenza*", in considerazione del fatto che, alla stregua dell'interpretazione del principio fornita dalla Commissione, l'unico dispositivo in linea con le richieste del disciplinare gara sarebbe l'"i-ring", ossia l'unico dilatatore ad anello flessibile con fori di posizionamento presente sul mercato, prodotto negli Stati Uniti e distribuito nella Regione Marche soltanto da Aarsmed.

Con il terzo motivo di impugnazione, la società ricorrente ha osservato come la *lex specialis* sarebbe stata comunque restrittiva della concorrenza e violativa del principio di massima partecipazione alle gare d'appalto, avendo richiesto la fornitura di materiali di consumo che non risulterebbero strettamente inerenti all'oggetto principale della procedura – bensì, del tutto marginali, fungibili e autonomi rispetto al sistema di facoemulsificazione – e avendo indicato, con riferimento al componente n. 7 (dilatatore pupillare), un prodotto tanto specifico da risultare un *unicum* sul mercato. Con la quarta censura, ha dedotto la violazione dell'ordine delle fasi procedurali previsto dalla legge di gara per la valutazione delle offerte tecniche, giacché l'esclusione sarebbe intervenuta in un momento procedimentale in cui la verifica della sussistenza dei requisiti minimi specifici – necessaria all'ammissione alla successiva fase di valutazione qualitativa – era già stata effettuata, con esito positivo, nell'ambito della prova pratica. Da ultimo, con il quinto motivo di ricorso, Bausch sostiene che l'Amministrazione avrebbe errato nell'individuare il segmento procedimentale in cui disporre l'esclusione della concorrente per difetto di equivalenza, atteso che detto giudizio avrebbe dovuto essere svolto nella fase di valutazione nel merito dei prodotti presentati con l'offerta tecnica e non – come assuntamente avvenuto – nella fase (preliminare) di verifica della sussistenza dei requisiti minimi.

Nel ricorso, l'impresa esclusa ha pure avanzato una specifica istanza istruttoria, con la quale ha chiesto l'esibizione in giudizio di tutti i verbali di gara – segnatamente, quelli del 15 febbraio 2024, 25 luglio 2024, 8 ottobre 2024 e 10 ottobre 2024 – e della relazione tecnica di cui al verbale della prova pratica del 19 marzo 2024.

3.1. – In data 16 dicembre 2024, l'Amministrazione resistente ha depositato una serie di documenti e una memoria difensiva in cui ha affermato che tutte le operazioni di gara erano state compendiate nell'unico verbale “sintetico” del 17 ottobre 2024 e che la relazione tecnica citata nel verbale della prova pratica era integrata dal suddetto verbale. La ricorrente ha, quindi, proposto motivi aggiunti, integrativi delle censure già proposte, con cui ha dedotto gravi lacunosità istruttorie nelle operazioni di gara, alle quali il verbale sintetico, asseritamente intervenuto in spregio ai principi di tempestività e analiticità in materia di verbalizzazione dell'attività istruttoria, non avrebbe potuto né avrebbe di fatto sopperito.

3.2. – In data 21 febbraio 2025, l'A.S.T. ha versato agli atti una nota del Direttore dell'U.O.C. Oculistica, datata 4 febbraio 2025, con la quale si chiedeva di non dare ulteriore corso all'iniziativa di acquisto del sistema di cui al Lotto n. 1, considerato che le esigenze sottese al servizio da erogare avrebbero potuto essere egualmente soddisfatte attingendo a quanto posto in oggetto dell'appalto in relazione al Lotto n. 2; non prevedere una nuova indizione connessa alla gara deserta, dato il sopravvenuto difetto di interesse dell'Amministrazione all'acquisto; infine, non inserire l'appalto relativo al Lotto n. 1 nel programma di intervento triennale di cui all'art. 37 d.lgs. n. 36/2023. Insieme alla nota appena menzionata, l'Amministrazione resistente ha depositato una nota – datata 21 febbraio 2025 – del Direttore dell'U.O.C. Acquisti e Logistica, con cui si comunicava l'intenzione di non inserire l'iniziativa di acquisto oggetto del Lotto n. 1 nell'aggiornamento annuale del Programma triennale di acquisto di beni e servizi dell'A.S.T. e di non riproporre la relativa gara.

Avverso gli atti appena menzionati, il giorno 21 marzo 2025, Bausch ha proposto un secondo ricorso per motivi aggiunti, affidato a due distinti motivi. Con il primo motivo, ha criticato la motivazione alla base della scelta della S.A. di non riprogrammare l'indizione della procedura di gara per il Lotto n. 1, ravvisando, oltre all'incapacità del materiale di consumo oggetto del Lotto n. 2 di soddisfare le esigenze di cui al Lotto n. 1 in termini di fabbisogno quantitativo, una sostanziale incompatibilità tra i sistemi chirurgici e il materiale di consumo oggetto dei due lotti; in aggiunta, ha contestato le ragioni economiche addotte nei provvedimenti *de quibus*, posto che, non conoscendo l'offerta economica complessiva della ricorrente, l'Amministrazione non avrebbe potuto affermare con certezza che il noleggio di entrambi i macchinari sarebbe stato in ogni caso svantaggioso. Con il secondo motivo, ha censurato l'illegittima modifica delle caratteristiche della procedura e dell'affidamento originario relativi al Lotto n. 2 – oltre che del contratto con la relativa aggiudicataria Tec Med Marche S.r.l. – che sarebbe discesa dai suddetti atti e ne ha dedotto l'illegittimità in via derivata da quella degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti.

Con determina del D.G. n. 258 del 4 luglio 2025, l'A.S.T. ha aggiornato il Programma triennale degli acquisti di forniture e servizi 2024/2026.

4. – Il giudice di prime cure ha parzialmente accolto la domanda formulata con il ricorso introduttivo e integrata dai motivi aggiunti depositati in data 16 gennaio 2025, disponendo l'annullamento del verbale del 17 ottobre 2024 – limitatamente alla mancata ammissione della ricorrente alla fase di valutazione qualitativa dell'offerta tecnica e alla sua definitiva esclusione dalla procedura di gara per l'aggiudicazione del Lotto n. 1 – e del provvedimento di esclusione del 4 novembre 2024 – anch'esso in relazione all'esito della procedura di gara per l'aggiudicazione del Lotto n. 1, dichiarata deserta. Ha, invece, dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti

depositato in data 21 marzo 2025 e, da ultimo, ha condannato l'Amministrazione resistente al pagamento, nei confronti della ricorrente, delle spese del giudizio.

4.1. – Segnatamente, il T.A.R. per le Marche, nel trattare congiuntamente i primi due motivi del ricorso introduttivo, ha preliminarmente respinto l'eccezione di inammissibilità con cui parte resistente aveva dedotto la tardiva impugnazione – quale clausola escludente – dei requisiti minimi specifici previsti dal capitolato, sul rilievo che ad essere in discussione sarebbe l'applicazione compiuta dall'Amministrazione del criterio di equivalenza richiamato nella *lex specialis*. Dipoi, ha smentito la tesi difensiva dell'Amministrazione secondo cui l'esclusione della ricorrente sarebbe stata determinata da un'offerta tecnica parziale, evidenziando come il verbale sintetico di gara del 17 ottobre 2024 avrebbe espressamente negato la sussistenza di un'equivalenza tecnica fra prodotto offerto e materiale richiesto e, pertanto, la stessa ammissibilità del prodotto di Bausch per mancanza di un requisito minimo obbligatorio previsto dal capitolato, senza rilevare alcuna carenza probatoria nella relazione tecnica presentata dalla concorrente. Comunque, il primo giudice ha accolto i due motivi in parola, rilevando, per un verso, che l'esclusione si baserebbe su di “*una motivazione laconica, meramente descrittiva e non sufficientemente articolata in riscontro alle osservazioni fornite dalla ricorrente nella relazione di equivalenza*” e, per altro verso, che essa sarebbe frutto di “*un'interpretazione tendenzialmente formalistica del principio*” di equivalenza, posto che, con il richiamo ad una generica “*esigenza*” della Stazione Appaltante, non ulteriormente dettagliata, l'Amministrazione sembrerebbe aver escluso la possibilità di ammettere alla procedura qualsiasi prodotto non coincidente con la specifica denominazione di cui al capitolato.

4.2. – Il Tribunale amministrativo regionale ha, invece, dichiarato infondato il terzo motivo di ricorso, affermando che la possibilità di offrire un prodotto equivalente con riguardo ai materiali di consumo ridetti renderebbe “*sostanzialmente teorica*” la

restrizione della concorrenza lamentata dalla ricorrente. Nel sostenere ciò, ha anche dato conto di come la scelta di collegare l'offerta del sistema richiesto a quella dei relativi materiali di consumo rientrerebbe pienamente nella discrezionalità dell'Amministrazione e non presenterebbe profili di evidente illogicità, come tali sindacabili dal giudice amministrativo.

4.3. – Il primo giudice ha respinto anche il quarto e il quinto motivo di impugnazione. Con riguardo alla quarta censura, il Tribunale ha ricavato dall'art. 4 del capitolato la circostanza che la prova pratica fosse finalizzata all'assegnazione del punteggio qualitativo corrispondente al criterio di valutazione denominato "*pregio tecnico*" e, sulla base di tale assunto, ha escluso la possibilità di desumere dallo svolgimento di tale prova il positivo accertamento dei requisiti minimi richiesti dalla legge di gara. In più, ha escluso che l'art. 19 del disciplinare ostasse a che l'esito della verifica sul possesso dei requisiti minimi specifici confluisse – come espressamente riportato nel verbale della prova pratica – nella relazione tecnica conclusiva, in uno con la stessa valutazione di qualità. Con riferimento al quinto motivo, il T.A.R. ha affermato l'appartenenza del giudizio di equivalenza alla fase preliminare della verifica dei requisiti minimi, richiamando la circostanza che il criterio di equivalenza – riferito all'offerta di possibili varianti tecniche – sarebbe stato associato al possesso dei requisiti minimi specifici previsti dall'art. 3 del capitolato. Per tale motivo, secondo il Tribunale, l'eventuale valutazione di non equivalenza non inciderebbe sotto il profilo del punteggio qualitativo, ma della stessa ammissibilità dell'offerta tecnica in relazione al possesso di tutti i requisiti obbligatoriamente richiesti.

4.4. – Sulla scorta delle considerazioni svolte in ordine alle facoltà di verbalizzazione sintetica, il primo giudice ha statuito l'infondatezza anche della censura veicolata per il tramite dei motivi aggiunti depositati in data 16 gennaio 2025.

4.5. – Dipoi, il T.A.R. per le Marche si è pronunciato sui secondi motivi aggiunti depositati in data 21 marzo 2025, dichiarandoli inammissibili per carenza di interesse

a ricorrere. Più nel dettaglio, l'inammissibilità della prima censura deriverebbe dal carattere endoprocedimentale degli atti impugnati, insuscettibili di incidere in via diretta e immediata sulla posizione giuridica della ricorrente in ragione della loro incapacità di esplicare efficacia vincolante nei confronti della determinazione chiamata a disporre la formale adozione del Programma triennale di acquisto di beni e servizi. Inoltre, ad avviso del Tribunale, vista la natura altamente discrezionale dei poteri amministrativi in questione, ad una eventuale rideterminazione definitiva dell'A.S.T. in merito all'indizione della procedura di gara per il Lotto n. 1 seguirebbe il riconoscimento in favore della società ricorrente del diritto ad ottenere il risarcimento del danno in via equivalente. Invece, l'ultimo motivo, contenente la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione del Lotto n. 2 e di accertamento dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore*, sarebbe inammissibile poiché si risolverebbe nella prospettazione di una "*lesione meramente ipotetica e del tutto inattuale*", legata ad una presunta, ancorché non effettiva, intenzione dell'Amministrazione di modificare le prestazioni richieste alla società aggiudicataria del Lotto n. 2.

4.6. – Da ultimo, il giudice di prime cure ha affermato di non poter scrutinare la richiesta di risarcimento per equivalente, visto il ritenuto carattere soddisfacente dell'annullamento – disposto nei sensi di cui sopra – dei provvedimenti gravati con il ricorso introduttivo, e di non potersi pronunciare sulla domanda di accertamento del diritto all'aggiudicazione del Lotto n. 1, attesa la persistenza in capo all'Amministrazione resistente della relativa riserva di potere tecnico-discrezionale.

5. – L'A.S.T. Fermo ha impugnato in appello, previa istanza sospensiva, la prefata pronuncia formulando cinque motivi di impugnazione, di seguito compendiatamente.

5.1. – Con la prima doglianza, l'Azienda appellante contesta il capo della sentenza che ha rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata nel giudizio di primo grado, incentrata sulla mancata impugnazione immediata delle clausole del bando che

avrebbero impedito a Bausch di presentare il materiale richiesto dalla Stazione Appaltante e, conseguentemente, portato alla sua esclusione dalla gara. Ad avviso dell'Azienda Sanitaria, con i primi due motivi del ricorso di prime cure Bausch avrebbe contestato non già l'applicazione, da parte della Commissione, del principio di equivalenza, bensì la legittimità di una clausola della legge di gara ritenuta "escludente", poiché ingiustamente restrittiva della concorrenza per aver impedito a tutti gli operatori economici privi della disponibilità dell'"i-ring" di offrire quanto richiesto dall'A.S.T., o, quantomeno, "limitante", per aver comunque costretto i potenziali partecipanti a presentare offerte parziali o diverse.

5.2. – In via subordinata, con il secondo motivo di gravame, l'appellante impugna la sentenza di primo grado laddove, nell'accogliere i primi due motivi di ricorso, avrebbe completamente travisato la portata effettiva del provvedimento di esclusione, ritenendo si controvertesse sulla applicazione del criterio di equivalenza e non sulla sussistenza dei requisiti minimi dell'offerta dell'operatore economico. Ad avviso dell'Amministrazione deducente, infatti, Bausch non avrebbe offerto un prodotto equivalente rispetto a quello indicato al n. 7 dell'art. 3.1 del capitolato, bensì avrebbe ommesso del tutto di offrirne uno, ritenendolo "già compreso" in quello richiesto al n. 6 dell'articolo appena citato. Indi, l'esclusione sarebbe stata disposta dalla S.A. perché quanto presentato dalla appellata avrebbe concretato un *aliud pro alio*, data l'insussistenza di un requisito minimo richiesto dai documenti di gara, e non perché il prodotto offerto sarebbe stato non equivalente a quello indicato – a pena di esclusione – nel sub-lotto 1.2.

5.3. – In ulteriore subordine, con la terza censura, l'Azienda appellante critica l'accoglimento "nel merito" dei primi due motivi del ricorso originario, sottolineando la piena correttezza e legittimità delle valutazioni operate dalla Commissione giudicatrice nel riscontrare la non equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello effettivamente richiesto dalla legge di gara. Secondo l'appellante, Bausch non avrebbe

dimostrato l'effettiva equivalenza del materiale proposto, dal momento che avrebbe prodotto una relazione tecnica poco attendibile, in quanto elaborata dalla concorrente stessa – e non da un soggetto terzo – e non supportata da documenti o studi scientifici, elementi addotti soltanto in sede di giudizio ad inammissibile integrazione (postuma) dell'offerta. In più, considerato anche il tenore delle osservazioni tecniche fornite dall'appellata nella relazione di equivalenza, la motivazione del provvedimento annullato risulterebbe congrua e adeguata.

5.4. – In via ulteriormente subordinata, con la quarta doglianza, l'appellante impugna il capo della sentenza con cui il T.A.R. ha dichiarato inammissibile il secondo atto di motivi aggiunti riconoscendo, però, il diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente in caso di rideterminazione in merito all'indizione della procedura di gara per il Lotto n. 1. A detta dell'A.S.T., dal riconoscimento della legittimità della scelta espulsiva conseguirebbe il venire meno di ogni possibile pretesa risarcitoria in capo a Bausch, che non rivestirebbe alcuna posizione “*differenziata*” rispetto alla mancata rinnovazione della procedura, e quindi difetterebbe di concreto interesse. Oltre a ciò, la pronuncia del T.A.R., da un lato, si caratterizzerebbe per essere inammissibilmente “*prognostica*”, poiché avrebbe accertato il diritto risarcitorio nonostante il difetto del relativo fondamento – ovvero il “*provvedimento amministrativo conclusivo*” – e, dall'altro, sembrerebbe ammettere il risarcimento in favore della ricorrente “*per il solo fatto del possibile mancato rinnovo della gara, dando per assodato che la stessa sarebbe stata dichiarata aggiudicataria qualora riammessa in quanto unica concorrente rimasta, (...) non considerando che l'esclusione era stata determinata in un fase in cui non era ancora state ancora valutate le offerte (tecnica ed economica)*”.

L'appellante argomenta, poi, nel senso della legittimità della decisione di non rinnovare la procedura – a suo dire, congruamente e logicamente motivata – e della conseguente insindacabilità da parte del g.a., trattandosi di una scelta della P.A.

espressiva di discrezionalità. Da ultimo, paventa la sussistenza di una “*possibile causa di sopravvenuta carenza di interesse all’intero ricorso*” introduttivo, atteso che Bausch non ricaverebbe alcuna utilità concreta dall’accoglimento dello stesso – ovvero dal rigetto dell’odierno appello. In tale ipotesi, infatti, l’impresa appellata verrebbe riammessa ad una gara che non si dovrebbe più fare, essendo stata espunta dal Programma Triennale.

5.5. – Con il quinto motivo, viene censurata la condanna dell’Amministrazione alle spese di lite, sul presupposto che sussisterebbero i presupposti per disporre la compensazione delle stesse, attesa la reciproca soccombenza o, quantomeno, la parziale soccombenza dell’originaria ricorrente in relazione ai numerosi motivi rigettati dal primo giudice.

6. – Bausch si è costituita in giudizio svolgendo articolate difese; dipoi, ha spiegato appello incidentale avverso la sentenza del T.A.R. per le Marche formulando cinque profili censori, sintetizzabili come segue.

6.1. – Con il primo motivo, viste le censure rivolte dall’appellante principale alla pronuncia del T.A.R. nella parte in cui ha statuito l’illegittimità della valutazione di equivalenza operata dall’A.S.T., Bausch ripropone la terza censura del ricorso introduttivo, relativa alla presunta illegittima restrizione della concorrenza operata dalla S.A. attraverso la richiesta di materiali di consumo non specificamente funzionali e necessari al sistema di facoemulsificazione e, tra gli stessi, di un dilatatore pupillare con caratteristiche sostanzialmente rintracciabili in un unico esemplare (l’“i-ring”).

6.2. – Con il secondo motivo di appello incidentale, impugna la sentenza di primo grado laddove ha respinto il quarto motivo dell’originario ricorso incentrato sulla ritenuta violazione dei segmenti procedurali previsti dalla *lex specialis*. Bausch ribadisce come dalla legge di gara, ma anche a livello logico, emergerebbe che la sottoposizione alla prova pratica dei prodotti offerti fosse successiva alla preliminare valutazione della sussistenza dei requisiti tecnici minimi.

6.3. – Con il terzo motivo, la sentenza del Tribunale di prime cure viene criticata nella parte in cui ha rigettato il primo atto di motivi aggiunti. Nello specifico, l'appellante incidentale censura il *modus operandi* della Stazione Appaltante, che avrebbe svolto le operazioni di gara violando palesemente i fondamentali principi dell'evidenza pubblica e compromettendo irreversibilmente la trasparenza dell'azione valutativa svolta.

6.4. – Con la quarta censura, viene appellata incidentalmente la pronuncia del T.A.R. per le Marche nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il primo motivo del secondo atto di motivi aggiunti riguardante la scelta della S.A. di non indire una nuova gara. Bausch rappresenta di aver proposto il secondo ricorso per motivi aggiunti in via prudenziale e precauzionale, per non incorrere in eccezioni di inammissibilità dei motivi già proposti e per rappresentare la assoluta strumentalità e infondatezza delle argomentazioni poste dall'A.S.T. a fondamento della volontà di non acquistare più in futuro i medesimi prodotti. Dipoi, ribadisce quanto già detto nell'atto di motivi aggiunti in questione.

6.5. – Col quinto e ultimo motivo, l'appellante incidentale grava la sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato inammissibile la seconda doglianza proposta con il secondo atto di motivi aggiunti, tramite cui era stata censurata la presunta modifica delle caratteristiche della procedura e dell'affidamento originario, così come del contratto, con l'aggiudicataria del Lotto n. 2. Secondo l'appellante incidentale, decidendo di non proseguire con l'approvvigionamento di cui al Lotto n. 1, la Stazione Appaltante avrebbe affidato, senza previo espletamento di una procedura, una fornitura sostanzialmente diversa – sia per caratteristiche tecniche minime, sia per ragioni economiche – rispetto a quella oggetto della gara già aggiudicata a Tec Med Marche. Tale circostanza varrebbe a smentire il carattere ipotetico e potenziale della lesione lamentata, atteso che configurerebbe un aggiramento dei principi di pubblica evidenza da parte dell'A.S.T. Fermo a favore della predetta Società.

7. – Alla camera di consiglio del 23 ottobre 2025 fissata per la discussione cautelare, le parti hanno convenuto per l'abbinamento della trattazione al merito.

Le parti hanno scambiato ritualmente memorie difensive e repliche a norma dell'art. 73 c.p.a. in vista dell'udienza pubblica del 26 febbraio 2026, all'esito della quale la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. – Il Collegio deve preliminarmente esaminare l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado per sopravvenuta carenza di interesse, sollevata dall'Amministrazione appellante in ragione della asserita soppressione del Lotto n. 1 dalla nuova Programmazione triennale degli acquisti di beni e servizi per gli anni 2024/2026.

1.1. – L'eccezione in questione va disattesa in quanto fondata su un assunto errato, ossia che dalla espunzione del lotto in oggetto dal Programma triennale sia derivata la revoca implicita della gara di cui si discute.

Quanto sostiene l'A.S.T. è privo di pregio. Infatti, l'atto programmatico che viene in rilievo è per sua natura rivolto al futuro, ponendosi quale imprescindibile presupposto dei bandi di gara da indire nel triennio di riferimento – segnatamente, per gli anni 2024/2026; per tale ragione, esso non può aver impattato sulla gara indetta nel giugno 2023. Con la determina di cui trattasi, la Stazione Appaltante si è semplicemente limitata ad aggiornare annualmente la Programmazione triennale degli acquisti di beni e servizi, ma non ha agito per revocare il bando *in parte qua*, ovvero per quanto concerne il Lotto n. 1.

Non può nemmeno sostenersi che ricorra una delle rare ipotesi di provvedimento amministrativo implicito riconosciute da dottrina e giurisprudenza, alla stregua della quale risulterebbe fondata la tesi dell'Azienda appellante. Tale figura cui si rifà indirettamente la P.A. appare, infatti, inconferente al caso di specie. Dirimente per

giungere a tale conclusione è, sicuramente, la circostanza che, pur essendo ormai acclarata a livello teorico la configurabilità in astratto di un provvedimento amministrativo implicito, persistono dubbi interpretativi sull'istituto alla luce del complessivo quadro delle regole imposte all'azione amministrativa dalla l. n. 241/1990 – specie, l'obbligo di definizione di ogni procedimento con provvedimento “espresso” ex art. 2 l. cit. e quello di accompagnare ogni determinazione amministrativa da articolato supporto giustificativo ex art. 3 l. cit.; ma anche la previsione generale di nullità dell'atto amministrativo per difetto di elementi “essenziali”, tra i quali non potrebbe non annoverarsi la forma dichiarativa esplicita (art. 21-*septies* l. cit.) e, per altro verso, la regola che impone, ai fini dell'adozione di misure a contenuto reiettivo, la formalizzazione di apposito e strumentale preavviso, preordinato alla attivazione del contraddittorio, che la decisione è vincolata a prendere in motivata considerazione (art. 10-*bis* l. cit.).

Al riguardo, il Consiglio di Stato, in conformità ad un orientamento consolidato (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1034; *Id.*, Sez. IV, 24 aprile 2018, n. 2456; *Id.*, Sez. V, 31 marzo 2017, n. 1499; *Id.*, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2112), ha evidenziato che *“l'astratta ammissibilità del provvedimento implicito non può essere negata, qualora l'Amministrazione, pur non adottando formalmente la propria determinazione, ne determini univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un contegno conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del corrispondente provvedimento formale non adottato: le quante volte, cioè, emerga senza equivoco un collegamento biunivoco tra l'atto adottato o la condotta tenuta e la determinazione che da questi si pretende di ricavare, onde quest'ultima sia l'unica conseguenza possibile della presupposta manifestazione di volontà”* (Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2019, n. 589).

Più nello specifico, la giurisprudenza elaborata in materia (*cf.*, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, n. 2456/2018 cit.) esige: a) che debba pregiudizialmente esistere, a monte, una manifestazione espressa di volontà (affidata ad un atto amministrativo formale o anche ad un comportamento a sua volta concludente), da cui possa desumersi l'atto implicito: e ciò in quanto la rilevanza relazionale dei comportamenti amministrativi deve essere apprezzata, in termini necessariamente contestualizzati, nel complessivo quadro dell'azione amministrativa; b) che, per un verso, la manifestazione di volontà a monte provenga da un organo amministrativo competente e nell'esercizio delle sue attribuzioni e, per altro verso, nella stessa sfera di competenza rientri l'atto implicito a valle (non palesandosi, in difetto, lecita la valorizzazione del nesso di presupposizione); c) che non sia normativamente imposto il rispetto di una forma solenne, dovendo operare il generale principio di libertà delle forme (*arg. ex art. 21-septies* l. n. 241/1990); d) che dal comportamento deve desumersi in modo non equivoco la volontà provvedimentale, dovendo esistere un collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso (non potendo attivarsi, in difetto, il meccanismo inferenziale di necessaria implicazione); e) che, in ogni caso, emergano *e factis* (avuto riguardo al concreto andamento dell'*iter* procedimentale e alle effettive acquisizioni istruttorie: *cf.* Cons. Stato, Sez. V, n. 1034/2018 cit.) gli elementi necessari alla ricostruzione del potere esercitato (così, Cons. Stato, Sez. V, n. 589/2019 cit.).

In virtù di quanto esposto finora, si ritiene che, affinché potesse ravvisarsi un sopravvenuto difetto di interesse a ricorrere in prime cure, ci sarebbe stato bisogno di una manifestazione espressa del potere di autotutela dell'Amministrazione, tramite cui la stessa, nel tornare sui propri passi *re melius perpensa*, avrebbe dovuto revocare il bando al fine di sopprimere l'iniziativa di acquisto in discorso. Invece, per le ragioni anzidette, non emergono elementi idonei a prefigurare, alla luce dell'art. 21-*quinquies*

della l. n. 241/1990, il concreto ed implicito intendimento dell'A.S.T. nella prospettiva dell'esercizio di poteri di riesame, non risultando a tal fine idonei gli atti quivi impugnati con cui l'Amministrazione ha manifestato l'intenzione di non inserire, soltanto *pro futuro*, l'iniziativa di acquisto oggetto del Lotto n. 1 nell'aggiornamento annuale del Programma triennale di acquisto di beni e servizi.

1.2. – Dalle considerazioni appena svolte consegue l'infondatezza anche dell'altra eccezione – di rito – con cui l'appellante principale deduce l'inammissibilità sopravvenuta del secondo atto di motivi aggiunti, in ragione della mancata impugnazione del provvedimento dell'A.S.T. con cui sarebbe stato espunto il Lotto n. 1 dalla Programmazione e sarebbe stata arrecata in via definitiva una lesione ai danni di Bausch. Come argomentato poc'anzi, l'espunzione adottata dall'Amministrazione non ha avuto – e non può avere – alcuna incidenza rispetto ad una gara non solo bandita nel 2023, ma ancora *sub iudice* poiché sottoposta all'esame del giudice amministrativo – segnatamente, del Tribunale amministrativo regionale per le Marche al tempo dell'adozione della determina di aggiornamento annuale, e odiernamente di questo Collegio in grado di appello.

2. – Per quanto riguarda l'appello principale proposto dall'A.S.T. Fermo, esso è fondato nel merito per quanto si dirà dappresso.

3. – Prendendo le mosse dal primo motivo di gravame, l'Azienda appellante deduce che, in primo grado, parte ricorrente ha mancato di impugnare tempestivamente le clausole del bando che le avrebbero impedito di presentare il materiale richiesto dalla S.A. e che avrebbero portato alla sua esclusione dalla procedura. Di conseguenza, il T.A.R. avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità (*rectius*: irricevibilità) del ricorso di prime cure in quanto tardivo.

3.1 – La censura è infondata.

Come correttamente sostenuto dal primo giudice, la controversia all'esame verte sull'applicazione del principio di equivalenza effettuata dalla Commissione

giudicatrice per escludere la ditta appellata dalla procedura e non sulla legittimità o meno di una clausola della legge di gara in tesi escludente – intendendosi, quest'ultima, quale previsione della *lex specialis* che, incidendo in via immediata e diretta sulla possibilità dell'operatore economico di partecipare alla procedura, concretizza una lesione di per sé già attuale, senza bisogno di ulteriori atti applicativi, e lo onera dell'immediata impugnativa entro il termine decadenziale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2021, n. 5784).

A ben vedere, infatti, la originaria ricorrente non ha denunciato l'immediata lesività della legge speciale della procedura laddove richiedeva la fornitura, per quanto concerne il materiale di consumo dedicato, di un dilatatore pupillare ad anello, ma ha censurato l'interpretazione ad effetto escludente del criterio di equivalenza resa dalla Commissione giudicatrice con riguardo a tale elemento dell'appalto. Ciò si evince chiaramente dal tenore delle censure sollevate con i primi due motivi del ricorso innanzi al T.A.R. per le Marche, concernenti l'arbitrarietà, illogicità ed irragionevolezza, nonché il carattere indebitamente restrittivo della concorrenza, della valutazione di non equivalenza posta alla base della disposta esclusione. Tali profili censori sono inevitabilmente collegati al contenuto della motivazione recata dal provvedimento espulsivo impugnato in primo grado, laddove non ha ammesso Bausch alla fase di valutazione qualitativa dell'offerta tecnica per la mancanza di un requisito minimo previsto nel capitolato dovuta al rilevato difetto di equivalenza tecnica tra il materiale di consumo proposto in gara e quello richiesto dalla *lex specialis*.

3.2. – Peraltro, ad avviso del Collegio, nel caso di specie non ricorrono gli estremi necessari per reputare integrata una delle fattispecie di clausola immediatamente escludente tipizzate dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018. In proposito, il Supremo Consesso di giustizia amministrativa ha ribadito la riconducibilità in tale ambito di quelle “*regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001)*”, nonché delle

“*disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980)*” e le “*condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293)*”. Considerata la possibilità per le imprese partecipanti alla competizione in oggetto di offrire un prodotto equivalente con riguardo ai materiali di consumo previsti nel capitolato, deve escludersi la sussistenza di clausole annoverabili nelle categorie elaborate a livello giurisprudenziale, con la conseguenza che, comunque, Bausch non sarebbe stata legittimata alla proposizione del ricorso avverso le clausole del bando in discorso.

3.3. – Chiarito, quindi, che non si ha a che fare con l’impugnativa di una clausola escludente davanti al T.A.R. per le Marche e che non viene neppure in rilievo una clausola di questo tipo, il Collegio ritiene di dover respingere la prima doglianza dell’appello principale, vista la tempestività del ricorso di prime cure, proposto nel termine decadenziale decorrente dalla comunicazione del provvedimento concretamente lesivo – ossia, quello espulsivo.

4. – Non persuade neanche il secondo motivo, incentrato sul presunto travisamento in cui sarebbe incorso il primo giudice nel ritenere che l’esclusione fosse stata disposta dalla S.A. perché il prodotto presentato dalla appellata non era equivalente a quello richiesto dalla legge di gara, e non perché esso si risolveva in un *aliud pro alio* per la carenza della complessiva offerta tecnica dovuta all’insussistenza di un requisito minimo richiesto dalla A.S.T. di Fermo.

4.1. – Anche per lo scrutinio di tale censura occorre guardare attentamente alle ragioni sottostanti la decisione dell’Amministrazione di escludere Bausch dalla gara per il lotto controverso. Esse lasciano nitidamente intendere, come rilevato dal T.A.R., che

l'estromissione della società *de qua* sia stata collegata alla ravvisata insussistenza di un'equivalenza tecnica fra prodotto e materiale richiesto, dalla quale è stata fatta conseguire l'inammissibilità del prodotto di Bausch per mancanza di un requisito minimo obbligatorio previsto dal capitolato. Quest'ultimo, infatti, all'art. 3, nel riportare i "*requisiti minimi specifici della fornitura*" – tra i quali, appunto, il dilatatore pupillare ad anello – aveva previsto che: "*Si applica in ogni caso il criterio di equivalenza tecnica rispetto a possibili varianti tecniche proposte, secondo quanto previsto dall'art. 68 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., a condizione che la soluzione equivalente venga comprovata per iscritto mediante relazione tecnica del fabbricante, di un organismo terzo riconosciuto o del concorrente e che la prova venga ritenuta soddisfacente dalla Stazione Appaltante in relazione alle esigenze e finalità di utilizzo del dispositivo*".

Preme poi evidenziare che a ulteriore sostegno dell'infondatezza della doglianza in parola milita la giurisprudenza del Consiglio di Stato, confutata a torto nell'atto di appello principale, secondo cui il principio di equivalenza, in ossequio alla *ratio* pro-concorrenziale che lo caratterizza, trova applicazione generalizzata e indifferenziata, sia sul versante dei requisiti di minima, sia su quello dei requisiti discrezionali. Si deve ribadire in questa sede sia che il principio in discorso "*permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti)*" (Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212; *Id.*, 20 novembre 2018, n. 6561; *Id.*, 14 novembre 2017, n. 5259; *Id.*, 13 settembre 2013, n. 4541; *Id.*, 2 settembre 2013, n. 4364), sia che "*l'effetto di escludere un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti [...] e la ratio della valutazione di*

equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità” (Cons. Stato, Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081; *Id.*, Sez. II, 18 settembre 2019, n. 6212; *Id.*, Sez. III, 27 novembre 2018, n. 6721).

In altri termini, il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dalle costanti coordinate giurisprudenziali secondo cui, per ragioni di coerenza sistematica e di *favor* per la effettiva concorrenza tra i partecipanti, il principio di equivalenza debba applicarsi sia ai requisiti di ammissione, sia alle specifiche tecniche per l’attribuzione dei punteggi (così, Cons. Stato, Sez. III, 12 novembre 2025, n. 8840).

4.2. – Ciò considerato, anche il secondo motivo di appello non può essere scrutinato favorevolmente e deve essere respinto, in quanto smentito a mente dell’orientamento pretorio appena richiamato.

5. – Diversamente dai primi due motivi, il terzo profilo di censura, con il quale viene propugnata la correttezza e la legittimità della valutazione operata dalla Commissione, è meritevole di accoglimento.

5.1. – Invero, il provvedimento di esclusione, rifacendosi al verbale di gara redatto in data 17 ottobre 2024, reca una motivazione che, seppure sintetica, non si presenta – come sostenuto dal Tribunale di prime cure – apodittica e stereotipata. Nel verbale soprarichiamato si legge, infatti, che la Commissione ha ritenuto all’unanimità che non vi sia equivalenza tecnica tra i due materiali, in quanto il materiale proposto da Bausch – *“sistema classico degli uncini retrattori dell’iride”* – è *“più aggressivo, più indaginoso, più invasivo e più traumatico per la cornea, dato che comporta la realizzazione di ulteriori tagli corneali”*. Tale motivazione risulta idonea a sorreggere il giudizio di non equivalenza funzionale, atteso che si profila puntuale e sufficiente a dimostrare l’inassimilabilità dei dilatatori in questione. In più, merita considerare che la supposta relazione di equivalenza prodotta da Bausch appare sguarnita di supporti scientifici limitandosi a svolgere considerazioni del tutto soggettive e autoreferenziali (e come tali opinabili), mentre l’art. 3 del capitolato stabiliva *“Si applica in ogni caso*

il criterio di equivalenza tecnica rispetto a possibili varianti tecniche proposte, secondo quanto previsto dall'art. 68 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., a condizione che la soluzione equivalente venga comprovata per iscritto mediante relazione tecnica del fabbricante, di un organismo terzo riconosciuto o del concorrente e che la prova venga ritenuta soddisfacente dalla Stazione Appaltante in relazione alle esigenze e finalità di utilizzo del dispositivo”.

5.2. – Ad ogni buon conto, sono noti i limiti della sindacabilità delle valutazioni tecniche dell'Amministrazione da parte del giudice amministrativo. La giurisprudenza consolidata di questo Consiglio ha stabilito in più occasioni che tali valutazioni possono essere sindacate dal g.a. quando appaiano, *per tabulas*, macroscopicamente illogiche o incongrue, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4942; *Id.*, 30 aprile 2015, n. 2198; *Id.*, 23 febbraio 2015, n. 882; *Id.*, 26 marzo 2014, n. 1468; Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 1409), ovvero di immediata percezione salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (Cons. Stato, Sez. III, 12 agosto 2024, n. 7094), non essendo a tal fine *“sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte”* (Cons. Stato, Sez. V, 18 maggio 2017, n. 3553; *Id.*, 26 maggio 2015, n. 2615).

In materia di contratti pubblici, è pacifico come la valutazione compiuta dalla Stazione Appaltante in punto di equivalenza costituisca *“espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione”* (v. Cons. Stato, Sez. III, n. 6212/2019 cit.; *Id.*, n. 6561/2018 cit.; *Id.*, n. 5259/2017 cit.; *Id.*, n. 4541/2013 cit.; *Id.*, n. 4364/2013 cit.). Con specifico riguardo al caso odierno, non emergono profili

di macroscopica illogicità o irragionevolezza o apoditticità dell'operato della Commissione giudicatrice la quale ha illustrato in modo pur conciso ma efficace i profili clinici che rendono i due sistemi dilatatori non equivalenti, riconducibili in estrema sintesi al carattere più invasivo di quello proposto da Bausch, tale da comportare la realizzazione di ulteriori tagli corneali. Ne riviene che l'apprezzamento discrezionale della Commissione, la quale ha ritenuto di escludere l'offerta di Bausch in conseguenza della carenza di equivalenza funzionale del tipo di dilatatore offerto, non si presta al sindacato di questo giudice; indi, ha errato il Tribunale di prime cure nel censurarla sul rilievo che essa fosse laconica, descrittiva e non articolata a sufficienza, atteso che, così facendo, ha travalicato i limiti che caratterizzano pacificamente il sindacato del g.a. sulle valutazioni tecnico-discrezionali della S.A..

6. – A questo punto, il Collegio reputa di poter tralasciare lo scrutinio della quarta doglianza, con la quale l'appellante principale, in subordine alla precedente censura, critica la decisione del T.A.R. per aver dichiarato inammissibile il secondo atto di motivi aggiunti riconoscendo il diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente in caso di futura rideterminazione dell'A.S.T. in merito all'indizione della procedura di gara per il Lotto n. 1.

In primis, come si è avuto modo di evidenziare nell'affrontare le eccezioni di rito sollevate dall'appellante, deve escludersi che sia stato adottato un provvedimento di secondo grado dell'Azienda Sanitaria volto a revocare la gara con riguardo al Lotto n. 1, che costituisce dunque oggetto dell'odierno scrutinio di questo Collegio. In secondo luogo, è stata appurata la legittimità della scelta espulsiva assunta dall'Amministrazione nei confronti di Bausch, dalla quale discende l'impossibilità – anche solo logica – per l'impresa estromessa dalla competizione di aspirare ad un qualsivoglia risarcimento del danno per equivalente per l'ipotesi di soppressione del Lotto n. 1 dalla gara controversa.

6.1. – In virtù di tali rilievi, deve dichiararsi l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse della quarta doglianza contenuta nell'appello principale, vista la fondatezza del terzo motivo concernente la legittimità del giudizio di non equivalenza tecnica espresso dalla Commissione giudicatrice.

Di contro, il quinto profilo di censura, appuntato sulla condanna alle spese di lite del giudizio di prime cure, sarà affrontato unitariamente nel capo dedicato alla regolazione delle spese di lite del presente giudizio di appello.

7. – Occorre ora passare a scrutinare l'appello incidentale proposto da Bausch, il quale è infondato per quanto si espone dappresso.

8. – Con la prima censura viene dedotta l'illegittima restrizione della concorrenza che sarebbe stata attuata dalla S.A. attraverso la richiesta di materiali di consumo non specificamente funzionali e necessari al sistema di facoemulsificazione, tra cui un dilatatore pupillare con caratteristiche possedute da un unico prodotto (ossia, l'"i-ring").

Al riguardo, il Collegio deve osservare che l'individuazione dei requisiti tecnici minimi della fornitura, sotto forma di scelta del materiale di consumo da richiedere alle imprese partecipanti alla competizione, rientra pienamente nell'ampia discrezionalità di cui gode la Stazione Appaltante nella redazione della documentazione di gara e, nello specifico, nella strutturazione dei relativi lotti, la quale incontra i soli limiti rappresentati dai generali canoni di coerenza e logicità in funzione dell'oggetto dell'appalto. Sul punto, è opportuno richiamare l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui *“la determinazione del contenuto del bando di gara costituisce espressione del potere discrezionale in base al quale l'Amministrazione può effettuare scelte riguardanti gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa*

e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano ictu oculi manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto e all'esigenza di non restringere la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegi" (così Cons. Stato, Sez. III, 28 settembre 2020, n. 5634, che si rifà a Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6006).

8.2. – Alla luce delle coordinate ermeneutiche appena illustrate, l'A.S.T. Fermo era libera di predisporre un lotto autonomo per il materiale di consumo dedicato al sistema di facoemulsificazione, ma non vi era tenuta. Essa, nella fase di approntamento e stesura degli atti di gara, ha legittimamente ritenuto che accorpate il sistema e il relativo materiale di consumo nell'ambito del medesimo lotto fosse la soluzione più adeguata ai fini del soddisfacimento delle proprie esigenze e dei propri fabbisogni funzionali. Tale scelta non presenta profili di evidente illogicità, irragionevolezza o sproporzionalità, indi non può in questa sede giudicarsi della funzionalità o della necessità di quanto figura, nel capitolato, tra il materiale di consumo dedicato al sistema chirurgico, a pena di assecondare un indebito tentativo di sindacato nel merito della scelta amministrativa impropriamente sollecitato dall'impresa esclusa.

9. – Il secondo e il terzo motivo di appello incidentale, in quanto vertenti su presunte violazioni procedurali commesse dalla Commissione, possono essere trattati congiuntamente. Difatti, la seconda doglianza si appunta sulla pretesa violazione dei segmenti procedurali delineati dalla *lex specialis*, giacché l'esclusione, disposta per l'assenza dei requisiti minimi, sarebbe intervenuta in un momento procedurale in cui la verifica della sussistenza di tali requisiti era già stata effettuata, con esito positivo, prima di sottoporre il prodotto alla prova pratica. Invece, il terzo motivo è incentrato sul presunto illegittimo svolgimento delle operazioni di gara per carenza di istruttoria e lacunosità, connesse alla avvenuta redazione di un unico verbale sintetico per sette sedute di gara svoltesi nell'arco di nove mesi.

9.1. – Entrambi i profili censori si appalesano infondati.

Quanto al secondo profilo, preme svolgere alcune considerazioni che si pongono in aderenza ai passaggi rintracciabili nella decisione appellata. L'art. 4 del capitolato stabiliva che la prova pratica era *“finalizzata all'assegnazione del punteggio qualitativo corrispondente al criterio di valutazione denominato “Pregio tecnico”*”. Di conseguenza, non è dato desumere dallo svolgimento di tale prova – peraltro, immediatamente calendarizzato per tutti i concorrenti nella seduta di insediamento della Commissione giudicatrice – il positivo accertamento dei requisiti minimi richiesti dalla *lex specialis*.

La verifica preliminare dei requisiti ridetti, logicamente precedente alla valutazione dell'offerta tecnica e all'assegnazione dei punteggi qualitativi, è stata invece effettuata, come previsto dall'art. 19 del Disciplinare di gara, nella diversa sede della seduta riservata della Commissione, più specificamente nelle sedute dell'8, 9 e 10 ottobre 2024, nel corso delle quali l'organo tecnico ne ha rilevato l'insussistenza. Di talché, all'esito dell'ultima seduta del 17 ottobre 2024, tutte le operazioni di gara, ivi incluse quelle inerenti allo svolgimento della prova pratica nonché le valutazioni riferite al possesso dei requisiti tecnici minimi e le valutazioni di qualità, sono state compendiate in un unico verbale riepilogativo, in linea con quanto espressamente riportato nel verbale della prova pratica.

9.2. – Nel discorso appena articolato si innestano le considerazioni del primo giudice – che il Collegio intende avallare nel respingere il terzo motivo di appello incidentale – relative alla legittimità della scelta operata dalla Commissione di procedere ad una verbalizzazione unitaria di tutte le operazioni, anziché redigere separati verbali all'esito delle singole sedute.

Al riguardo, occorre chiarire che era piena facoltà dell'Amministrazione redigere un unico verbale finale che riassume lo svolgimento delle diverse sedute di gara, purché la rappresentazione dei fatti in esso contenuta fosse coerente, attendibile e

fedele a quanto avvenuto. Come affermato da questo Consiglio, *“per giurisprudenza costante (ex plurimis Cons. Stato, Sez. IV, n. 5253 del 2014) e in mancanza di norme contrarie, anche della lex specialis, che prescrivano la verbalizzazione distinta di ogni singola riunione - la commissione di gara può far risultare in unico verbale tutte le operazioni poste in essere, ancorché svoltesi in più giornate, dando conto di tale distinzione. La verbalizzazione successiva è ammessa purché sopraggiunga in un arco temporale ragionevolmente breve e tale da evitare che vi possano essere errori od omissioni nella ricostruzione dei fatti e dell’iter valutativo posto in essere dalla commissione di gara”* (Cons. Stato, Sez. IV, 8 aprile 2021, n. 2822).

Innanzitutto, né la normativa di settore, né la disciplina di gara prevedevano che fosse necessario redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della Commissione di gara a pena dell’illegittimità dell’intera procedura. In secondo luogo, il suddetto requisito temporale, nel caso in esame, risulta essere stato assicurato se si considera che vi sono state soltanto alcune sedute – segnatamente, quelle svoltesi l’8-10 ottobre 2024, temporalmente contigue alla seduta del 17 ottobre all’esito della quale è stata realizzata la verbalizzazione unica – nel corso delle quali le offerte sono state effettivamente ponderate. Non risulta in alcun modo che nelle sedute precedenti – per vero, distanti a livello temporale dalla data dell’ultima seduta dell’organo (in quanto effettuate da febbraio fino a luglio 2024) – siano state svolte attività valutative in senso stretto e non anche meri adempimenti di tipo materiale, strumentali e prodromici a tale valutazione – nello specifico, le prove pratiche delle offerte in gara e gli adempimenti connessi alla costituzione e alla ricostituzione della Commissione seguente al venire meno di uno dei suoi componenti.

Pertanto, facendo tesoro delle indicazioni ermeneutiche ritraibili dalla giurisprudenza amministrativa (v. anche T.A.R. Trento, 7 ottobre 2022, n. 166; Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3902), si può affermare che, nella fattispecie odierna, sia stata garantita la genuinità del verbale e siano stati scongiurati gli effetti negativi della

naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi, posto che manca l'allegazione e la prova rigorosa, da parte dell'originaria ricorrente, di specifici elementi di fatto che inducano a ritenere sussistente la manipolazione della effettiva volontà espressa dall'organo collegiale nella deliberazione. Difatti, Bausch non indica in che termini la mancata immediata verbalizzazione possa aver inficiato le intere operazioni della Commissione di gara.

9.3. – Da quanto precede deriva la legittimità delle operazioni di gara svolte dalla Commissione.

10. – Non è, invece, necessario scrutinare il quarto motivo di appello incidentale, con cui Bausch lamenta l'erroneità della pronuncia del T.A.R. per le Marche nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il primo motivo del secondo atto di motivi aggiunti riguardante la scelta della S.A. di non indire una nuova gara e propugna la illogicità e irragionevolezza dell'assunto secondo cui l'oggetto del Lotto n. 2 sarebbe in grado di soddisfare le esigenze sottese alla fornitura relativa al Lotto n. 1.

Anche qui valgono le considerazioni svolte in precedenza con riferimento ai motivi riguardanti la presunta decisione della Stazione Appaltante di revocare la gara controversa per quanto concerne il Lotto n. 1. Come già detto, manca agli atti di causa un provvedimento in autotutela che comporti la revoca della procedura in questione.

11. – Inammissibile è, poi, il quinto motivo di appello incidentale, con il quale è stata gravata la sentenza di primo grado nella parte in cui ha dichiarato inammissibile la seconda doglianza proposta con il secondo atto di motivi aggiunti e concernente la presunta modifica - legata alla decisione di non proseguire con l'approvvigionamento di cui al Lotto n. 1 - delle caratteristiche della procedura e dell'affidamento originario, così come del contratto, con l'aggiudicataria del Lotto n. 2. Secondo l'impresa esclusa, dietro tale illegittimo operato dell'Amministrazione sanitaria vi sarebbe l'intenzione di integrare quanto già offerto da Tec Med Marche con ulteriori e diversi sistemi chirurgici e materiali di consumo (già oggetto del Lotto n. 1).

In disparte la dimostrata erroneità dell'assunto di base – che comporterebbe comunque l'infondatezza della censura –, va rilevato che, come correttamente notato dal primo giudice, le censure così formulate si profilano astratte e congetturali, dal momento che hanno ad oggetto *“una lesione meramente ipotetica e del tutto inattuale, lamentata dalla società ricorrente in corrispondenza ad una presunta, ancorché non effettiva, intenzione dell'Amministrazione di modificare le prestazioni richieste alla società aggiudicataria del Lotto n. 2”*. Il loro carattere speculativo si traduce, inevitabilmente, nella incapacità di riflettere un interesse concreto e attuale a ricorrere, giacché con esse sono state inammissibilmente prospettate possibili linee di azione amministrativa futura, in quanto tali tutte da dimostrare e insindacabili poiché inerenti a segmenti di potere non ancora esercitato.

12. – Alla luce di quanto precede, l'appello principale deve essere accolto per quanto di ragione, ossia con riguardo alla corretta valutazione di insussistenza dell'equivalenza funzionale espressa dalla Stazione Appaltante. Ne consegue che, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado con correlativa conferma della legittimità del provvedimento di esclusione di Bausch dalla procedura.

Invece, l'appello incidentale deve essere respinto.

13. – In considerazione della peculiare natura interpretativa della controversia, il Collegio ritiene di compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, dispone quanto segue:

- 1) accoglie l'appello principale ai sensi e nei termini di cui in motivazione;
- 2) respinge l'appello incidentale;

3) per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado;

4) compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2026 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere, Estensore

Enzo Bernardini, Consigliere

L'ESTENSORE

Angelo Roberto Cerroni

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO

