

Publicato il 23/12/2021

N. 02347/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01530/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1530 del 2021, proposto da Ri&Mt s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Marvasi e Emanuela Quici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Marvasi in Roma, via Fulcieri Paulucci de' Calboli n. 1;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale (A.S.P.) di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Brogno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Otello Costa, titolare della ditta DMO (Distribuzione Medica Ospedaliera), non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione n. 954 del 27 luglio 2021 del Commissario straordinario dell'Azienda Sanitaria Provinciale (A.S.P.) di Cosenza – pubblicata sul sito dell'A.S.P. in data 27 luglio 2021;

nonché per l'annullamento e/o declaratoria di inefficacia della convenzione eventualmente sottoscritta nelle more della definizione del giudizio *ex art. 122* cod. proc. amm.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.P. di Cosenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2021 la dott.ssa Martina Arrivi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione n. 263 del 31 marzo 2020 l'A.S.P. di Cosenza si è determinata a indire una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), d.l. 76/2020, da svolgersi mediante richiesta di offerta (RDO) attivata sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) per l'acquisto in urgenza, in relazione all'emergenza da Covid-19, di dispositivi medici per la ventilazione dei pazienti ricoverati nei presidi ospedalieri di Rossano, Cetraro e Acri. L'appalto, di valore complessivo di euro 89.000,00 inferiore alle soglie europee, è stato suddiviso in due lotti da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso:

- lotto 1: 200 kit con casco NIV ZIP;
- lotto 2: 200 Custom Pack con casco CPAP comfort ZIP.

Il 26 aprile 2021, a seguito della verifica della documentazione amministrativa presentata dai vari operatori economici, la commissione di gara ha ammesso alla fase successiva della procedura le sole Ri&Mt s.r.l. (odierna ricorrente) e la ditta DMO di Otello Costa (controinteressato).

Il 4 maggio 2021 il componente tecnico della commissione giudicatrice (dott.ssa Guglielmelli) ha redatto una relazione, poi pubblicata sulla piattaforma del MEPA, nella quale ha attestato la non rispondenza dei prodotti offerti da Ri&Mt s.r.l. alle specifiche tecniche della *lex specialis* poiché:

- per entrambi i lotti, il tappo con adattatore per il passaggio del catetere venoso (CVC) offerto dalla ricorrente non garantisce la tenuta pneumatica e non è pratico;
- per il lotto 1, il prodotto non è dotato di sei raccordi posti simmetricamente sull'anello rigido del casco (requisito funzionale a migliorare il sincronismo tra paziente e ventilatore);
- per il lotto 2, la valvola PEEP non è completa di valvola di sovrappressione e il sistema non rischia di generare disconnessioni accidentali.

Il 12 maggio 2021 la ricorrente ha presentato istanza di “autotutela”, riscontrata negativamente con una ulteriore relazione a firma della dott.ssa Guglielmelli, trasmessa dal responsabile unico del procedimento (R.U.P.).

Il 14 giugno 2021 la commissione di gara ha preso atto delle valutazioni del componente tecnico e, considerando esclusa la ricorrente per inammissibilità della sua offerta tecnica, ha proceduto all'apertura dell'offerta economica del solo controinteressato proponendo di aggiudicare l'appalto a quest'ultimo.

Con deliberazione del commissario straordinario n. 954 del 27 luglio 2021 l'A.S.P. di Cosenza ha ratificato l'operato della commissione di gara e ha aggiudicato entrambi i lotti a Otello Costa.

2. Mediante il ricorso in epigrafe, notificato il 27 settembre 2021, Ri&Mt s.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione lamentando in sintesi:

(I) la violazione del principio di equivalenza di cui all'art. 68, comma 7, d.lgs. 50/2016, poiché l'amministrazione non avrebbe tenuto conto che i prodotti offerti dalla ricorrente avevano caratteristiche funzionali uguali o superiori a quelle indicate nelle specifiche tecniche della *lex specialis*;

(II) la violazione dell'art. 2 delle condizioni particolari dell'appalto e degli artt. 80, comma 5, lett. f *bis*), e 83 d.lgs. 50/2016 per la mancata esclusione del controinteressato nonostante questo non avesse adeguatamente dimostrato di possedere il requisito di capacità economico-finanziaria attinente al fatturato specifico;

(III) in via subordinata, la violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016, il difetto di motivazione e la contraddittorietà dell'azione amministrativa in relazione alla scelta della stazione appaltante di avvalersi del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

(IV) sempre in via subordinata, l'illegittimità dell'intero operato della commissione di gara, l'incompetenza dei commissari diversi dalla dott.ssa Guglielmelli e la mancata esternazione dei criteri utilizzati per la loro nomina.

3. Si è costituita l'A.S.P. di Cosenza eccependo l'irricevibilità/inammissibilità del ricorso, in quanto Ri&Mt s.r.l. avrebbe dovuto tempestivamente impugnare la propria esclusione dalla procedura, conosciuta già con la pubblicazione della relazione tecnica del 4 maggio 2021 e, più approfonditamente, con la trasmissione, in data 27 maggio 2021, delle controdeduzioni alla richiesta di autotutela del 12 maggio 2021. Nel merito, l'A.S.P. ha dedotto l'infondatezza delle doglianze chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Il controinteressato, ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

5. A seguito del rigetto della domanda cautelare proposta dalla ricorrente, la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 14 dicembre 2021, in vista della quale le parti hanno depositato memorie e repliche. In questa sede, la ricorrente ha eccepito la tardività della memoria difensiva dell'A.S.P. depositata il 29 novembre 2021 e ha contestato la fondatezza dell'eccezione di tardività, affermando di non aver mai ricevuto la comunicazione del 27 maggio 2021, essendo per converso venuta a conoscenza delle controdeduzioni all'autotutela con successiva e-mail del R.U.P. del 15 giugno 2021 e, in ogni caso, osservando come non si possa attribuire valore provvedimento alle relazioni di un organo tecnico. Infine, all'udienza di discussione la ricorrente ha eccepito la tardività della replica dell'amministrazione.

DIRITTO

6. In rito, va dichiarata l'inammissibilità della memoria e della replica dell'A.S.P. in quanto entrambe depositate oltre i termini di legge: per la precisione, la prima è stata depositata il 29 novembre 2021 a fronte della scadenza del 26 novembre 2021 (cfr. artt. 52, 73, 119 e 120 cod. proc. amm.), mentre la seconda è stata depositata oltre le ore 12 dell'ultimo giorno disponibile, in violazione dell'art. 4 disp. att. cod. proc. amm. Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la circostanza non determina che ogni doglianza contenuta nel ricorso sia rimasta incontestata *ex* art. 64, comma 2, cod. proc. amm., sia perché l'A.S.P. aveva già avversato la fondatezza delle censure nella memoria depositata in vista dell'udienza cautelare, sia perché il principio di non contestazione si riferisce ai fatti e non al pregio giuridico dei motivi di ricorso.

7. In via preliminare, va disattesa l'eccezione di tardività sollevata dall'amministrazione, poiché nella presente procedura non è stato mai adottato un formale provvedimento di esclusione della ricorrente.

7.1. Tale veste non può essere attribuita né alla relazione tecnica del 4 maggio 2021 né all'ulteriore relazione in risposta all'istanza di "autotutela" trasmessa dal R.U.P. (il 27 maggio 2021, secondo quanto prospettato dall'A.S.P., o il 15 giugno 2021, secondo quanto invece affermato dalla ricorrente), in quanto atti sforniti delle caratteristiche minime per essere considerati dei veri e propri provvedimenti. Le relazioni, provenienti da un componente della commissione (dott.ssa Guglielmelli), non statuiscono l'esclusione della concorrente dalla procedura, ma si limitano ad attestare la non conformità, anche sotto il profilo della non equivalenza, dell'offerta tecnica di Ri&Mt s.r.l. alle specifiche tecniche. Trattasi, all'evidenza, di valutazioni endoprocedimentali che sono state poi recepite dalla commissione di gara con la proposta di aggiudicazione del 14 giugno 2021 e dal commissario straordinario dell'A.S.P. con l'aggiudicazione del 27 luglio 2021 senza che mai la stazione appaltante abbia assunto una specifica determinazione di esclusione.

7.2. Ne deriva che l'unico provvedimento adottato nella presente procedura è la deliberazione del commissario straordinario n. 954 del 27 luglio 2021, con cui per la prima volta l'organo dell'A.S.P. ha approvato le risultanze istruttorie e ha aggiudicato i lotti al controinteressato, così implicitamente escludendo la ricorrente. Ne consegue altresì che la richiesta di Ri&Mt s.r.l. del 12 maggio 2021 non è una vera e propria istanza di autotutela, ma un atto di confronto endoprocedimentale volto a prevenire l'assunzione di un provvedimento sfavorevole.

8. Nel merito, con il primo motivo di ricorso si lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione per: «*Violazione di legge, in particolare degli artt. 68 e 95 del D. Lgs. n. 50/2016, degli artt. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e degli artt. 3, 41 e 97 Cost.; violazione e falsa applicazione della lex specialis (art. 6 delle condizioni particolari per la risposta alla RDO n. 2779037 e capitolato tecnico); violazione del principio di concorrenza e di massima partecipazione; eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, difetto di motivazione e di istruttoria, travisamento di atti e fatti, sviamento e manifesta ingiustizia. In via subordinata per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e per contraddittorietà rispetto al criterio di aggiudicazione del minor prezzo*».

La ricorrente sostiene che l'amministrazione abbia violato il principio di equivalenza di cui all'art. 68 d.lgs. 50/2016, come anche richiamato all'art. 6 delle condizioni particolari dell'appalto. Segnatamente, i prodotti della ricorrente, pur non esattamente rispondenti alle specifiche tecniche previste per la gara, presenterebbero soluzioni alternative equivalenti, che non sarebbero però state considerate dall'A.S.P. Quest'ultima, avrebbe infatti recepito acriticamente le valutazioni della dott.ssa Guglielmelli, a loro volta contenenti mere petizioni di principio non precedute da esperimenti pratici sui prodotti offerti. Del resto, secondo la ricorrente, le specifiche tecniche indicate nella *lex specialis* apparterrebbero unicamente ai dispositivi medici a marchio "Dimar", sicché – disapplicando il principio di equivalenza – la stazione appaltante avrebbe svelato la propria intenzione di acquistare unicamente tali prodotti e non altri.

In subordine la ricorrente chiede di dichiarare la nullità dell'art. 6 delle condizioni particolari dell'appalto, nella parte in cui sanziona con l'esclusione ogni difformità dell'offerta dalle caratteristiche di minima richieste, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e per contraddittorietà con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

8.1. Il motivo è infondato, poiché dalle relazioni del componente tecnico Guglielmelli (poi recepite dalla commissione di gara e dal commissario straordinario dell'A.S.P.) si evince come l'amministrazione abbia specificamente valutato e motivato la non equivalenza delle soluzioni alternative proposte dalla ricorrente rispetto ai requisiti funzionali della fornitura, facendo, dunque, corretta applicazione dell'art. 68 d.lgs. 50/2016.

8.2. L'A.S.P. non si è limitata ad asserire la non rispondenza delle caratteristiche dei prodotti di Ri&Mt s.r.l. alle specifiche tecniche, bensì ha vagliato le loro funzionalità specifiche in base a un attento esame delle schede tecniche e sulla scorta della pregressa esperienza sul campo. Pertanto, va smentita l'affermazione del ricorrente circa la sostanziale disapplicazione del giudizio di equivalenza imposto dall'art. 68, comma 7, d.lgs. 50/2016, così come anche va smentita l'allegazione per cui l'amministrazione abbia strutturato e gestito la gara in modo da acquisire soltanto prodotti brevettati dalla Dimar.

8.3. Anche il metodo empirico utilizzato, poggiante sulla pregressa esperienza sul campo, è idoneo, secondo canoni di efficienza e razionalità operativa, a supportare il giudizio tecnico. Sarebbe stato viceversa irragionevole dar seguito alla pretesa della ricorrente di sottoporre i prodotti a esperimenti pratici, visto che la fornitura era necessaria a fronteggiare l'emergenza pandemica e necessitava, dunque, di immediata esecuzione.

8.4. Quanto al merito delle valutazioni espresse, giova ricordare che il giudizio di equivalenza dei prodotti alle specifiche tecniche di gara costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, perciò è insostituibile da parte del giudice e può essere sconfessato solamente

dimostrando la sua palese inattendibilità (T.A.R. Palermo, Sez. II, 8 giugno 2020, n. 1145; T.A.R. Roma, Sez. III, 11 agosto 2020, n. 9174; T.A.R. Napoli, Sez. V, 7 ottobre 2020, n. 4315). Viceversa, nel caso di specie, le contestazioni di parte ricorrente si appuntano sulla mera non divisibilità delle valutazioni dell'amministrazione, tendendo, in definitiva, a ottenere un inammissibile sindacato sostitutivo da parte del giudice.

8.5. Nello specifico, per entrambi i lotti è stata riscontrata la non equivalenza, rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis*, del “tappo con adattatore per il passaggio di CVC a 4 linee”, poiché ritenuto dalla stazione appaltante non pratico e inadatto a garantire la tenuta pneumatica del passaggio delle sostanze. A tale giudizio la ricorrente obietta che il proprio modello di tappo sia a tenuta pneumatica e che, qualora vi fossero delle perdite, esse sarebbero comunque compensate dal ventilatore. Inoltre, rimarrebbe apodittica l'affermazione di non praticità del tappo.

Tuttavia, nella risposta alle controdeduzioni, l'amministrazione ha spiegato che il tappo proposto dalla ricorrente genera, al momento dell'inserimento delle prolunghine per CVC, delle intercapedini che creano perdite di flusso e, quindi, di pressione. Come condivisibilmente esposto in tale documento, è irrilevante che le perdite possano essere compensate dal ventilatore, poiché «*il dispositivo deve essere a tenuta a prescindere dal ventilatore utilizzato*». La tenuta pneumatica, infatti, è una caratteristica richiesta per il tappo e non può essere sopperita da altre componenti del prodotto o da dispositivi che interagiscono con esso. Inoltre, è ragionevole l'osservazione per cui gli ospedali sono dotati anche di ventilatori vetusti o che comunque non presentano presidi di compensazione delle perdite di flusso, sicché non è detto che le mancanze del tappo possano essere *aliunde* sopperite.

Il giudizio di non equivalenza deve considerarsi, pertanto, adeguatamente motivato e complessivamente attendibile, con conseguenza infondatezza delle doglianze attoree.

8.6. Giacché il rilievo relativo alle mancanze del tappo con adattatore CVC sono comuni a entrambi i lotti, non vi è luogo per pronunciarsi sulle ulteriori contestazioni, relative al posizionamento dei raccordi (lotto 1) e alla valvola PEEP (lotto 2). Infatti, ai sensi dell'art. 6 delle condizioni particolari dell'appalto, la non conformità di anche una sola caratteristica dei prodotti rispetto a quanto richiesto vale a escludere l'ammissibilità dell'offerta. In ogni caso, le contestazioni su tali profili sono diverse per ciascun lotto, sicché sarebbero a rigore inammissibili per violazione dei limiti di proponibilità del ricorso cumulativo, posto che ai sensi dell'art. 120, comma 11 *bis*, cod. proc. amm. «*nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto*».

8.7. Anche la censura di nullità dell'art. 6 delle condizioni particolari, formulata in subordine rispetto alle altre doglianze, è destituita di fondamento. Innanzitutto, la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016 si riferisce a quelle clausole che introducono requisiti soggettivi di partecipazione ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, perciò non riguarda le clausole, come quella in analisi, che disciplinano i requisiti di ammissibilità dell'offerta tecnica. In ogni caso, l'art. 6 delle condizioni particolari ricalca, nella sostanza, le prescrizioni di cui all'art. 68 d.lgs. 50/2016, prevedendo il ricorso alle specifiche tecniche ferma l'applicazione del principio di equivalenza. Né può ritenersi che tale clausola sia incompatibile con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, giacché – per quanto si osserverà a breve – quest'ultimo non elimina il giudizio sul pregio tecnico dell'offerta.

9. Con il secondo motivo di ricorso («*Violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 50/2016, in particolare dell'art. 80, co 5, lett. f-bis) e dell'art. 83 co 1 lett. b); violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara ed in particolare dell'art. 2, "requisiti di capacità economica e finanziaria" delle condizioni particolari; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, violazione dei principi di imparzialità e disparità di trattamento*») la ricorrente deduce che il

controinteressato avrebbe dovuto essere escluso per mancata dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria attinente al “fatturato specifico” (art. 2 delle condizioni particolari dell’appalto), poiché avrebbe presentato un mero elenco di fatture senza la descrizione sintetica dei prodotti, che era indispensabile per valutare che il fatturato si riferisse a forniture identiche a quelle oggetto di gara. L’esclusione del controinteressato avrebbe dovuto essere disposta, oltre che per inosservanza di quanto richiesto dall’art. 2 delle condizioni particolari dell’appalto, anche in applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. f *bis*), d.lgs. 50/2016.

9.1. Anche questa doglianza è infondata.

9.2. L’art. 2, punto 3, delle condizioni particolari richiede, ai fini dell’ammissione alla gara, che l’operatore economico abbia un «*fatturato (specifico) (dimostrabile mediante avalimento) per forniture identiche a quelle oggetto del presente appalto riferito agli ultimi 3 (tre) anni solari antecedenti la data di pubblicazione della RdO per i quali ha effettivamente percepito o ha maturato il diritto al pagamento, a titolo di corrispettivo, un importo non inferiore all’importo posto a base di gara, da intendersi quale cifra complessiva del triennio al netto dell’IVA e degli eventuali oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.*

Per ciascuna fornitura prestata dovranno essere indicati:

- committente pubblico o privato (completo di indirizzo e pec);*
- descrizione sintetica della fornitura - importo contrattuale al netto dell’Iva e degli oneri di sicurezza;*
- il corrispettivo effettivamente percepito».*

9.3. Ciò posto, l’obbligo – rinvenuto dalla ricorrente – di indicare specificamente i prodotti forniti negli anni passati non può automaticamente ricavarsi né dal generico richiamo della *lex specialis* alla «*descrizione sintetica della fornitura*» né dalla modulistica di gara, che conteneva, oltre agli spazi dedicati agli “importi”, alle “date” e ai “destinatari”, uno spazio genericamente destinato alla “descrizione”, che il controinteressato ha compilato riportando il numero identificativo delle fatture. Vale, pertanto, il principio per cui

l'eventuale errore o incompletezza della dichiarazione dipendente dall'utilizzo della modulistica predisposta dall'amministrazione non può determinare l'esclusione dalla gara, obbligando, piuttosto e ove necessario, l'amministrazione all'esercizio del soccorso istruttorio (Cons. Stato, Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2504; T.A.R. Milano, Sez. I, 26 giugno 2018, n. 1589; T.A.R. Salerno, Sez. I, 4 novembre 2019, n. 1909; T.A.R. Roma, Sez. III, 1 giugno 2020, n. 5780). Del resto, la stessa previsione di cui all'art. 2 collega il fatturato specifico all'aver prestato, nei tre precedenti anni solari, *«forniture identiche a quelle oggetto del presente appalto»*, sicché gli operatori non avrebbero potuto che riportare, nella sezione dedicata alla "descrizione", i medesimi prodotti oggetto della gara.

9.4. Non può, poi, accedersi alla tesi attorea per cui il controinteressato avrebbe dovuto essere escluso *ex art. 80, comma 5, lett. f bis*), d.lgs. 50/2016, poiché manca qualsiasi elemento da cui desumere che questi abbia presentato una dichiarazione non veritiera in ordine al fatturato specifico.

10. Il terzo motivo (*«Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 e del principio di par condicio. Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, contraddittorietà, travisamento ed errata valutazione dei fatti, dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta»*) è sviluppato in via gradata rispetto ai primi due, facendo valere l'interesse strumentale della ricorrente alla riedizione dell'intera gara. Con esso viene dedotta l'illegittimità della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, poiché contrastante con l'importanza riservata dall'amministrazione alle caratteristiche tecniche dei prodotti e sfornita di adeguata motivazione.

10.1. La censura è infondata.

10.2. Nel criterio del prezzo più basso le soluzioni tecniche dei contendenti non assurgono a elemento di selezione del miglior proponente, ma ciò non significa che sia del tutto obliterata l'esigenza di vagliare il pregio tecnico delle offerte: semplicemente questo vaglio, che nell'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è funzionale anche

all'attribuzione dei punteggi, nel criterio del prezzo più basso diviene il *discrimen* di ammissibilità o esclusione delle offerte che rispettivamente presentino o non presentino gli standard minimi richiesti dalla *lex specialis*. Pertanto, non vi è alcuna contraddittorietà tra il ricorso al criterio del prezzo più basso e la verifica preliminare di ammissibilità tecnica dei prodotti effettuata dalla stazione appaltante.

10.3. Né può riscontrarsi il lamentato difetto di motivazione. Al di là della considerazione per cui la procedura in esame si caratterizza per la richiesta di prodotti strettamente vincolati a precisi standard tecnici (che è ipotesi tipica di aggiudicabilità dell'appalto con il criterio del prezzo più basso *ex art. 95*, comma 4, d.lgs. 50/2016), vale evidenziare che la gara per cui è causa si colloca al di sotto delle soglie di rilevanza euro-unitaria e, per espresso richiamo contenuto nella determina a contrarre n. 263/2021, è stata indetta ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), d.l. 76/2020.

Ebbene sia l'art. 36, comma 9 *bis*, d.lgs. 50/2016 (relativo ai contratti sotto soglia) sia l'art. 1 d.l. 76/2020 (relativo alle procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale da Covid-19 in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia) prevedono un regime speciale che rimette alla stazione appaltante la libera scelta tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso, fatta eccezione per le sole ipotesi – non confacenti il caso in esame – di obbligatorietà del primo criterio *ex art. 95*, comma 3, d.lgs. 50/2016.

Poiché, diversamente che per le gare sopra soglia, il criterio del prezzo più basso non è eccezionale, non trova applicazione l'obbligo, ricavabile dall'art. 95, commi 4 e 5, d.lgs. 50/2016, di motivazione specifica della scelta di ricorrere ad esso (in termini congruenti, cfr. T.A.R. Torino, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 366).

11. Con l'ultimo motivo di ricorso viene nuovamente contestata l'illegittimità complessiva della gara, chiedendone la riedizione, per: «*Violazione del d.lgs. n. 50/2016 e, in particolare, degli artt. 68 e art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 sotto altro*

profilo; violazione e falsa applicazione della Lex specialis; violazione dei principi di concorrenza, di massima partecipazione, della par condicio, di imparzialità e buon andamento; violazione degli artt. 77 e 216 del D.Lgs. n. 50/2016; violazione del principio di trasparenza; difetto di dimostrata e conducente professionalità e competenza in capo ai commissari; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, per travisamento di atti e di fatti, per sviamento, carenza di presupposti, irragionevolezza, contraddittorietà, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia». Segnatamente, la ricorrente contesta che il giudizio tecnico sui prodotti sia stato rimesso interamente alla dott.ssa Guglielmelli e recepito acriticamente dagli altri commissari, che non avrebbero partecipato alle attività di valutazione delle offerte. Ciò avrebbe determinato l'inattendibilità complessiva delle determinazioni della commissione. Inoltre, in spregio al principio della trasparenza, non sarebbero stati illustrati i criteri e le modalità con cui la stazione appaltante è pervenuta alla designazione dei commissari. Infine, non sarebbero stati selezionati professionisti esperti nell'ambito dell'affidamento della specifica fornitura, con conseguente violazione degli artt. 77 e 216 d.lgs. 50/2016.

11.1. Anche questo motivo deve essere respinto.

11.2. Innanzitutto, sono generiche le doglianze concernenti la mancanza di trasparenza nella nomina della commissione e l'asserita incompetenza dei commissari diversi dalla dott.ssa Guglielmelli, tenuto conto che *«in materia di nomina della commissione nell'ambito di una procedura di gara pubblica, la mancanza di criteri previamente stabiliti non determina, ex se, l'illegittimità della nomina della commissione perché occorre dimostrare che, in concreto, siano totalmente mancate le condizioni di trasparenza e competenza»* (T.A.R. Roma, Sez. I, 3 novembre 2020, n. 11324; Cons. Stato, Sez. III, 4 novembre 2020, n. 6818).

11.3. Quanto al concreto operato della commissione, si rileva che questa ha delegato al componente tecnico la sola istruttoria preliminare in ordine alla verifica delle caratteristiche dei prodotti, la quale è stata poi oggetto di valutazione collegiale in sede di predisposizione della proposta di

aggiudicazione. Ne consegue l'insussistenza del *deficit* procedurale lamentato dalla ricorrente.

12. S'impone, in conclusione, il rigetto del ricorso. Tuttavia, stante la complessità e la particolarità delle questioni affrontate, le spese di giudizio vengono compensate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Martina Arrivi, Referendario, Estensore

Alberto Ugo, Referendario

L'ESTENSORE

Martina Arrivi

IL PRESIDENTE

Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO