

Publicato il 03/02/2023

N. 00792/2023 REG.PROV.COLL.
N. 03110/2022 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3110 del 2022, proposto da Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Paolo Francica, Carlo Lucioni, Roberta Valentini, domiciliato presso la Segreteria del Tar Campania, Napoli, in Napoli, piazza Municipio, n. 64, con domicilio digitale come da PEC di Registri Giustizia;

contro

I.R.C.C.S. di Diritto Pubblico per Lo Studio e La Cura dei Tumori Fondazione G. Pascale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Cosmai, Carmine Mariano, Carlo Di Marsilio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paola Cosmai in Napoli, via M. Semmola;

nei confronti

M.End.El S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- della deliberazione n. 516 del 13.05.2022 recante aggiudicazione definitiva della “Gara europea a procedura aperta telematica per la fornitura di un sistema imaging a fluorescenza e relativo materiale di consumo dedicato per un periodo di 36 mesi – Lotto unico cig 8784411547” a favore della società M.END.EL S.r.l. (doc. 1), comunicata tramite PEC il 23.05.2022 (doc. 2);
- del verbale n. 1 del Seggio di gara del 06.07.2021 e del verbale n. 2 della seduta tecnica della Commissione del 15.04.2022 con il relativo allegato (entrambi allegati al doc. 1);
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con espressa riserva di motivi aggiunti anche in relazione agli atti non conosciuti, nonché di istanza di risarcimento danni;

PER L'ACCERTAMENTO E LA DECLARATORIA

del diritto della ricorrente ad ottenere, anche a titolo di risarcimento in forma specifica, l'aggiudicazione definitiva della procedura in oggetto, con diritto ad ottenere la stipula del contratto.

In subordine, laddove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, Stryker Italia S.r.l. si riserva di agire in separata sede per il risarcimento del danno per equivalente;

nonché PER LA DECLARATORIA DI INEFFICACIA

del contratto d'appalto relativo alla procedura in oggetto, nella denegata ipotesi in cui, nelle more della presente impugnazione, fosse stato sottoscritto (in ogni caso, si tratta di atto non conosciuto).

E PER IL SUBENTRO

di Stryker Italia s.r.l. nell'aggiudicazione e nel contratto d'appalto, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.R.C.C.S. di Diritto Pubblico per Lo Studio e La Cura dei Tumori Fondazione G. Pascale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2023 la dott.ssa Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha proposto il ricorso all'esame chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione disposta dall'Amministrazione resistente in favore della controinteressata relativamente alla gara europea a procedura aperta telematica per la fornitura di un sistema di imaging a fluorescenza a relativo materiale di consumo dedicato per il periodo di mesi 36.

Spiegava la ricorrente che alla gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avevano partecipato solo essa ricorrente e la controinteressata; le due concorrenti avevano conseguito identico punteggio per l'offerta tecnica (e identici punteggi per tutte le componenti della fornitura) e la gara era stata infine aggiudicata alla controinteressata solo in virtù del minor prezzo offerto.

Premesso che la fornitura in questione era esattamente descritta, nelle sue componenti e nel suo complesso, negli atti di gara, evidenziava che i prodotti offerti dalla controinteressata risultavano, alla stregua della documentazione versata agli atti e disponibile, carenti di taluni requisiti e componenti essenziali richiesti negli atti di gara; deduceva, dunque, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, c. 8, D.lgs. 50/2016, violazione e /o falsa applicazione della lex specialis, violazione e/o falsa applicazione del capitolato tecnico, eccesso di potere per travisamento dei presupposti per manifesta illogicità e incoerenza, sotto un primo profilo perché i prodotti offerti erano carenti nella stessa configurazione minima descritta negli atti di gara né potevano essere qualificati "equivalenti", e avrebbero, perciò, dovuto determinare l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara; sotto altro profilo perché, a fronte di prodotti diversi, la Commissione aveva ritenuto, illogicamente e irragionevolmente, di assegnare punteggi uguali per tutte le caratteristiche ammesse a valutazione,

invece di assegnare punteggi più elevati ad essa ricorrente, così pregiudicando l'esito della gara.

Concludeva, pertanto, per l'annullamento dell'aggiudicazione, la declaratoria di inefficacia del contratto e il subentro di essa ricorrente.

Si costituiva l'Amministrazione, chiedendo il rigetto del ricorso; secondo la tesi esposta, i prodotti offerti dall'aggiudicataria erano stati valutati compiutamente dalla Commissione di gara, che li aveva ritenuti idonei; nessuna incongruenza avrebbe potuto dedursi dalla identità dei punteggi assegnati per le componenti qualitative, avendo, in sostanza, la ricorrente valorizzato in ricorso, in negativo, solo talune caratteristiche dei prodotti offerti dalla controinteressata, che avrebbero potuto essere bilanciate da caratteristiche diverse dei prodotti offerti da essa ricorrente.

Con Ordinanza n. 1287/2022 l'adito TAR respingeva la proposta istanza cautelare.

Chiamata la causa per la trattazione di merito, con Ordinanza n. 5984/2022 il Collegio disponeva verifica, chiedendo "1) se i prodotti offerti dalla società aggiudicataria e complessivamente costituenti "un sistema imaging a fluorescenza con relativo materiale di consumo", siano o meno idonei a ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche individuate nel capitolato tecnico di gara per ciascuna delle componenti del sistema e per il sistema nel suo complesso; tanto con riferimento specifico alle caratteristiche indicate in ricorso con riguardo al monitor medico, alla fonte di luce, alla testa telecamera per chirurgia laparoscopica, alla testa telecamera per chirurgia "open" e all'insufflatore"; 2) se tale equivalenza, ove eventualmente riscontrata, sia evincibile dalla documentazione allegata dalla società aggiudicataria all'offerta".

Depositata la richiesta relazione di verifica, sulle conclusioni in atti, la causa era riservata in decisione su richiesta delle parti all'esito dell'udienza del 24 gennaio 2023.

1. Sono contestati gli esiti della gara meglio in epigrafe specificata da parte della società ricorrente, che in particolare revoca in dubbio la corrispondenza dei prodotti offerti dall'aggiudicataria a quanto richiesto dall'Amministrazione; i prodotti offerti sarebbero, in particolare, carenti di requisiti essenziali e, sotto il profilo funzionale, non affatto idonei ad ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche tecniche individuate nel capitolato tecnico di gara; in ogni caso, stanti le rappresentate difformità, non sarebbe giustificata l'attribuzione del medesimo punteggio per le componenti qualitative dell'offerta alla controinteressata e ad essa ricorrente.

1.1. Giova anzitutto precisare che la gara ha ad oggetto la fornitura di un "sistema di imaging a fluorescenza e relativo materiale di consumo"; consta dunque di diverse componenti, da assemblare o combinare, tali da costituire un "sistema".

1.2. Le censure della ricorrente si appuntano in particolare su taluna delle dette componenti, vale a dire il monitor medico, la fonte di luce, la testa telecamera per chirurgia laparoscopica, la testa telecamera per chirurgia "open" e l'insufflatore, per ciascuna delle quali la ricorrente ha indicato talune discrasie dei prodotti offerti dalla controinteressata rispetto alla descrizione contenuta nel capitolato tecnico, come segue:

il monitor medico ha formato 16/9, anziché 17/9 come richiesto;

la fonte di luce non è provvista del sistema di spegnimento di sicurezza in caso di sconnessione del cavo o del solo endoscopio, come richiesto;

la testa telecamera per chirurgia laparoscopica non è affatto presente nell'offerta quanto alla voce "seconda telecamera e seconda fonte di luce", richiesta negli atti di gara;

la testa telecamera per chirurgia "open" non è dotata di sistema di messa a fuoco elettrico-motorizzata né è provvista di supporti dedicati per il posizionamento della testa al tavolo operatorio, così come puntualmente richiesto;

l'insufflatore non riporta alcun dispositivo integrato di aspirazioni fumi e di umidificazione della CO₂, diversamente da come richiesto.

1.3. In ragione dell'elevato contenuto tecnico delle censure, il Collegio ha disposto verifica nominando all'uopo il Direttore Sanitario dell'Asl Napoli 1 Centro, con facoltà ad un dirigente di fiducia; il Direttore Sanitario dell'Asl Napoli 1 Centro ha designato il dott. Alberto D'Agostino, il quale ha rassegnato le proprie conclusioni con relazione depositata in data 12 dicembre 2022.

Il verificatore, quanto al primo quesito, ha esaminato la documentazione di gara effettuando un riscontro di quanto lamentato da parte ricorrente per ciascuna delle componenti contestate, pervenendo alle seguenti conclusioni:

il monitor medicale ha effettivamente formato 16/9, anziché 17/9 come richiesto, ma “appare idoneo ad ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche tecniche individuate nel capitolato”;

quanto, invece, alle altre componenti:

la fonte di luce non è provvista del sistema di spegnimento di sicurezza in caso di sconnessione del cavo o del solo endoscopio e dunque “non è idonea ad ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche tecniche ed ai requisiti individuati nel capitolato tecnico di gara”;

la testa telecamera per chirurgia laparoscopica non è presente nell'offerta quanto alla voce “seconda telecamera e seconda fonte di luce”; si tratta, dunque, di componente del tutto assente nei prodotti offerti dalla controinteressata;

la testa telecamera per chirurgia “open” non è dotata di sistema di messa a fuoco elettrico-motorizzata né è provvista di supporti dedicati per il posizionamento della testa al tavolo operatorio, e dunque “anche tale presidio non è idoneo ad ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche tecniche ed ai requisiti individuati nel capitolato tecnico di gara”;

l'insufflatore non riporta alcun dispositivo integrato di aspirazioni fumi e di umidificazione della CO₂, e dunque “anche in questo caso il presidio non è

idoneo ad ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche tecniche ed ai requisiti individuati nel capitolato tecnico di gara”.

Quanto al secondo quesito, il verificatore ha concluso che solo il monitor medicale, di formato 16/9 anziché 17/9 come richiesto in capitolato, può dirsi ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche tecniche individuate nel capitolato sulla base della documentazione tecnica allegata; tale equivalenza invece non può affatto evincersi per le altre componenti esaminate.

In conclusione, i prodotti offerti da M.End.El s.r.l., aggiudicataria, “non sono idonei ad ottemperare in maniera equivalente alle caratteristiche tecniche ed ai requisiti individuati nel capitolato tecnico di gara. Inoltre manca del tutto, secondo la documentazione presentata in offerta, la fornitura di una testa telecamera per chirurgia laparoscopica alla voce 2° telecamera e 2° fonte di luce”.

2. Tanto accertato, occorre fare governo dei principi consolidati in subjecta materia nella giurisprudenza amministrativa.

2.1. L’oggetto della fornitura, descritto negli atti di gara, configura il perimetro entro il quale può svolgersi la libera competizione degli interessati, la cui offerta a tale oggetto deve conformarsi.

Detta conformazione va tuttavia valutata non tanto in senso “formale”, quanto piuttosto “sostanziale”, verificando, sulla base di quanto contenuto negli atti di gara, se l’oggetto offerto sia, piuttosto che esattamente corrispondente a quello descritto, “funzionalmente” rispondente alle esigenze dell’Amministrazione, vale a dire se presenti caratteristiche “equivalenti” a quelle richieste.

Il principio di “equivalenza”, che permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica (cfr. Cons. di Stato, V, n. 1192/2022; III, n. 6212/2019; TAR Campania, Napoli, V, n. 4583/2021, 4584/2021 e 3518/2022), ammette dunque a comparazione, negli appalti di pubbliche forniture, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della

migliore offerta, rispondendo, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gara, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Il principio in questione è dunque finalizzato ad evitare una irragionevole limitazione del confronto competitivo tra gli operatori economici precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo delle specifiche prescritte (cfr. Cons. di Stato, IV, n. 4353/2021 e V, n. 6035/2021).

2.2. Detto principio è stato recepito dal nuovo Codice dei contratti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che, all'art. 68, prevede che la stazione appaltante non possa escludere un'offerta perché non conforme alle specifiche tecniche a cui ha fatto riferimento negli atti di gara se il prodotto offerto non è "aliud pro alio", incontrando il concorrente che voglia presentare un prodotto (o servizio) equivalente a quello richiesto il solo limite della "difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis", configurandosi, in tal caso, ipotesi di "aliud pro alio" non rimediabile (Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, n. 5258).

Orbene, il Codice dispone che le caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture sono definite dalla stazione appaltante mediante l'individuazione di "specifiche tecniche" inserite nei documenti di gara nel rispetto del canone pro-concorrenziale, che garantisce in ogni caso il "pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione" senza comportare direttamente o direttamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (art. 68, comma 4) o generare artificiose o discriminatorie limitazioni nell'accesso al mercato allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

2.3. Si è poi puntualizzato che i concorrenti non sono onerati di una apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato e la Commissione può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis (Cons. di Stato, III, n. 7404/2020).

In particolare, negli appalti di forniture, la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti è generalmente ritenuta idonea a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento del giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche (Cons. di Stato, V, n. 2093/2020).

3. Nel caso all'esame, è appunto contestata la difformità dei prodotti rispetto a quanto richiesto in capitolato, che potrebbe tuttavia essere superata laddove ne fosse verificabile la "equivalenza".

Venendo, dunque, al punto risolutivo del giudizio, il Tribunale non ritiene di potersi discostare dalle conclusioni cui è pervenuto il verificatore nominato in corso di causa in ordine alla equivalenza dei prodotti.

Va al riguardo precisato che, a fronte delle precise contestazioni mosse da parte ricorrente in relazione a determinate specifiche tecniche contenute nei documenti di gara e testualmente non presenti nei prodotti offerti, il Collegio ha appunto ritenuto necessario verificare se le caratteristiche non formalmente conformi potessero essere surrogate da altre tuttavia presenti nella componentistica offerta e così integrare la equivalenza funzionale ammessa dalla giurisprudenza.

Tanto in assenza sia di una dichiarazione espressa di equivalenza sia di una esplicita presa di posizione in tal senso da parte della Commissione di gara.

3.1. Orbene, la conclusione del verificatore è stata inequivoca nel senso di escludere, per la quasi totalità delle caratteristiche segnalate dalla ricorrente, una effettiva equivalenza prestazionale dei prodotti offerti.

Nella fattispecie concreta, le specifiche tecniche previste dal capitolato tecnico e il riferimento specifico a determinate caratteristiche tecniche ben consentivano ai partecipanti di comprendere quali caratteristiche minime dovessero possedere i dispositivi e confermano la obbligatorietà e imprescindibilità delle qualità tecniche e prestazionali corrispondenti.

Tali caratteristiche minime, tuttavia, per le componenti individuate in ricorso (fatta eccezione per le dimensioni del monitor medico) non risultano rispettate per i prodotti offerti dalla controinteressata.

In maniera addirittura vistosa, è risultata finanche la totale mancanza di un componente richiesto (quanto alla “testa telecamera per chirurgia laparoscopica” non è presente nell’offerta la richiesta “seconda telecamera e seconda fonte di luce”); e tale carenza non è in alcun modo surrogabile con la presenza di caratteristiche altre che “compensino” la accertata mancanza.

Le conclusioni rassegnate dal verificatore sono dunque chiare nell’escludere qualsiasi equivalenza nella fornitura offerta dall’aggiudicataria con le componenti del sistema puntualmente descritte negli atti di gara (Disciplinare, in particolare par. 2, Capitolato tecnico).

Del resto, come non manca di osservare parte ricorrente, in nessuno degli atti di gara è contenuta, esplicitamente o per relationem, alcuna valutazione di equivalenza, né tale equivalenza è stato possibile desumere dagli atti di gara, come accertato dal nominato verificatore, restando oggettivamente acclarata solo la difformità dei prodotti offerti rispetto alla “configurazione minima” richiesta negli atti di gara.

4. Perspicue le conseguenze.

I requisiti dei prodotti richiesti dalla lex specialis costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, non essendo ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisce il minimo prestabilito che vale a individuare l’essenza stessa della prestazione richiesta (quale individuata nelle specifiche tecniche), 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 tale senso.

4.1. La non equivalenza funzionale dei prodotti offerti, determinando l'inammissibilità dell'offerta M.End.El, comporta, in positiva delibazione del primo, e dirimente, motivo sollevato, l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione.

4.2. Considerato, poi, che la ricorrente è l'unica altra concorrente, utilmente graduata, non risultando alcuna ragione ostativa rappresentata in giudizio, non è dubbio che possa anche conseguire la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato ex art. 122 c.p.a. e il subentro nella fornitura medesima, peraltro da essa ricorrente espressamente richiesto.

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano a carico della resistente Amministrazione, nella misura indicata in dispositivo; si compensano nei confronti della controinteressata, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - NAPOLI (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata con gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'I.R.C.C.S. resistente al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente, che si liquidano in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

Fabio Maffei, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO