

Pubblicato il 01/12/2021

N. 01771/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01097/2021 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 Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA*ex art. 60 cod. proc. amm.;*

sul ricorso numero di registro generale 1097 del 2021, proposto da Givas s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Emilio Toma e Loredana Papa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo Patroni Griffi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Mis Medical s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Fabrizio Cecinato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia n. 10215 del 16.9.2021 di aggiudicazione alla ditta Mis Medical s.r.l. del lotto n. 2 riguardante una procedura per l'affidamento della fornitura di arredi, attrezzature ed apparecchiature elettromedicali per gli ambulatori e per le sedi di continuità assistenziali;

- nonché di ogni altro atto a questa presupposto, connesso e/o conseguente ed in particolare dei verbali della Commissione di gara n. 1 del 10.6.2021, n. 2 del 12.7.2021, n. 3 del 21.7.2021, n. 4 del 27.7.2021, del verbale del 15.7.2021, del provvedimento, ancorché implicito, di ammissione alla gara della Mis Medical;

- nonché in via subordinata, ove occorra, della deliberazione del Direttore generale dell'Asl FG n. 659 del 29.4.2021, *in parte qua* del bando di gara a procedura aperta, del disciplinare di gara, del capitolato speciale di appalto, limitatamente e con riferimento al Lotto 2, della risposta al quesito PI1666465-21;

per la declaratoria dell'inefficacia e/o della nullità del contratto ove stipulato con la Mis Medical s.r.l. ai sensi e per gli effetti degli artt. 122 del c.p.a.

per la condanna dell'Amministrazione a disporre l'aggiudicazione dell'appalto de quo alla ricorrente, ed, ove stipulato, il subentro nel contratto, nonché in subordine al risarcimento del danno per equivalente ai sensi e per gli effetti dell'art. 124 c.p.a., nella misura che sarà quantificata, documentata e provata in corso di giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Foggia e di Mis Medical s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori avv.ti Emilio Toma e Loredana Papa, per la ricorrente, avv. Leonardo Patroni Griffi, per l'Azienda sanitaria e avv. Amedeo Savino, su delega dell'avv. Fabrizio Cecinato, per la controinteressato;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso depositato come previsto in rito, la società Givas s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione, la *lex specialis* di gara e gli atti istruttori connessi inerenti il lotto n. 2 relativo alla procedura di affidamento al massimo ribasso della fornitura di arredi, attrezzature ed apparecchiature elettromedicali per gli ambulatori e per le sedi di continuità assistenziali, indetta con deliberazione del direttore generale dell'A.S.L. di Foggia n. 659 del 29 aprile 2021, per un importo a base d'asta pari a €. 1.446.630,03 oltre I.V.A.

In particolare, deduceva vizi di violazione di legge e svariati profili di eccesso di potere, come meglio indicati di seguito, assumendo nella sostanza come il gravato provvedimento finale fosse gravemente lesivo della propria posizione giuridica, in quanto comportava ingiustamente l'aggiudicazione dell'appalto alla società controinteressata, che avrebbe formulato un'offerta difforme e/o priva dei requisiti previsti dall'amministrazione aggiudicatrice.

2.- Si costituiva l'intimata Azienda Sanitaria Locale, che depositava documenti e contestava nel merito le censure mosse, affermando nella sostanza che la procedura di gara era stata espletata in conformità al bando, al disciplinare e al capitolato tecnico e che i prodotti offerti dall'aggiudicataria avevano superato il vaglio di idoneità, come da verbale redatto da apposita commissione che aveva scrutinato punto per punto i profili critici rappresentati dalla ricorrente.

3.- Si costituiva, altresì, la società contro-interessata, la quale depositava documenti e parimenti contestava tutte le doglianze mosse, ribadendo la conformità della propria offerta alle specifiche tecniche precise o a quelle, comunque, da ritenersi equivalenti, così come erano state formulate dalla Stazione appaltante, nonché la piena idoneità dei propri prodotti rispetto alla normativa specifica di settore.

4.- Alla camera di consiglio fissata per il vaglio dell'istanza cautelare, dopo ampia discussione, previo avviso ai sensi dell'art. 60 c.p.a., il ricorso veniva trattenuto per la decisione con sentenza in forma semplificata.

5.- Il ricorso è infondato nel merito e, pertanto, non può essere accolto.

Con tre distinti motivi, costituenti in realtà profili diversi di un'unica censura, viene contestata la violazione, erronea o falsa applicazione degli artt. 59, 68, 94, 95 d.lgs. 18.4.2016 n. 50, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale della gara indetta, la violazione, l'erronea interpretazione e la falsa applicazione della direttiva 93/42/CEE (modificata dalla direttiva n. 47 del 2007), del d.lgs. 24.2.1997 n. 46 (modificato dal d.lgs. n. 37 del 2010), del D.M. 20.2.2007, del D.M. 21.12.2009, del Regolamento U.E. del 5.4.2017 n. 745; nonché la violazione dei principi generali in materia di gare (*par condicio*, trasparenza, correttezza dell'azione amministrativa), l'eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, l'illegittimità propria e derivata.

Va premesso che, in relazione al lotto n. 2, venivano richieste le seguenti dieci tipologie di arredi sanitari: B.01 carrello con cassetti in plastica large; B.02 carrello a due ripiani ambulatori; B.03 sgabello imbottito con schienale alzata a gas; B.04 letto da visita ad H variabile con portarotolo e asta flebo; B.05 Lampada alogena su stativo su ruote; B.06 armadio farmaci a vetrina; B.07 armadio farmaci con tesoretto; B.08 Letto ginecologico; B.09 Letto cardiologico; B.10 poltrona prelievi.

Rispetto a siffatto ambito di prodotti, nella sostanza, il ricorrente deduceva che quattro dei dieci prodotti offerti dalla contro-interessata sarebbero stati privi delle minime caratteristiche tecniche previste dal capitolato tecnico e precisamente: B01. Carrello con cassette in plastica; B02. Carrello; B05. Lampada scialitica da vista; B08. Letto da visita ginecologica. Inoltre, due dei predetti quattro prodotti sarebbero pure viziati da genericità ed indeterminazione nell'offerta, ossia: B10. Poltrona prelievi ad H variabile elettrica; B05. Lampada scialitica da visita.

Vi sarebbe stata, inoltre, l'omessa attestazione di conformità alla pertinente direttiva europea e l'omessa indicazione del numero C.N.D. (ossia il numero di decodificazione del dispositivo) e del numero R.D.N. (ossia il numero di registrazione in banca dati/repertorio del dispositivo e la classe di appartenenza); taluni prodotti, infine, non sarebbero stati muniti di marcatura C.E.

Replicava l'Azienda Sanitaria come i prodotti sottoposti alla disamina dai propri tecnici (verbale di gara n. 3 del 21 luglio 2021 e nota Area Gestione Tecnica dell'A.S.L. FG del 15 luglio 2021) avessero superato il vaglio di idoneità e di conformità e/o di equivalenza funzionale, rispetto a quanto ricercato per l'arredo dei propri presidi sanitari.

Peraltro, rispondendo ad appositi quesiti posti da taluni offerenti, durante l'espletamento della gara, l'Azienda Sanitaria aveva espressamente dichiarato ammissibile l'offerta di prodotti simili secondo il principio di equivalenza (quesiti PI166465-21 e PI 171871-21) e precisato la valenza di massima *in nuce* delle caratteristiche richieste (quesiti PI159698-21 e PI162379-21), sì da chiarire in via preliminare, a tutti gli operatori economici partecipanti, il senso del dettaglio delle caratteristiche tecniche dei prodotti, per come indicate nel capitolato tecnico.

Come precisato dalla giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 2 marzo 2018 n. 1316; Cons. Stato, Sez. III, 29.3.2018, n. 2013; Cons. St., sez. V, 25 luglio 2019 n. 5258; Cons. Stato, Sez. V, 25.8.2021, n. 6035) e anche da precedenti della Sezione (*ex multis*: sentenze 17 febbraio 2020 n. 237; 24 dicembre 2020 n. 1685) il principio di equivalenza si applica, indipendentemente dagli espressi richiami negli atti di gara o da parte dei ricorrenti, essendo esso espressione della massima concorrenzialità (*favor participationis*) e della parità di trattamento (*par condicio*) nel mercato in regime di monopsonio dei contratti pubblici.

Talché ogniqualvolta occorra verificare la conformità del prodotto offerto in gara, rispetto ad uno standard tecnico-normativo, richiamato dalla stazione appaltante, s'impone un approccio di tipo sostanziale e non già di tipo formalistico (Cons. St., sez. III, 31 ottobre 2019 n. 7450), atto a consentire all'operatore economico concorrente di poter dimostrare che la propria offerta ottempera in maniera sovrapponibile o equivalente allo standard prestazionale richiesto (T.A.R. Marche, 7 settembre 2020 n. 518; Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020 n. 3808; T.A.R. Marche, 7 settembre 2020 n. 518; T.A.R. Lazio, sez. III, 25 novembre 2019 n. 13499; T.A.R. Lazio, sez. III 5 novembre 2019 n. 12675; Cons. St., sez. III, 5 giugno 2019 n. 3778), tanto anche con precipuo riferimento ai dispositivi medici (Cons. G.A.R.S. 20 luglio 2020 n. 634; Cons. St., sez. III, 14 maggio 2020 n. 3081; T.A.R. Puglia, sez. II, 11 novembre 2020 n. 1392).

Nella fattispecie concreta, non v'era alcuna difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire, tal da risolversi in un *aliud pro alio*, ossia nella fornitura di un bene sostanzialmente diverso da quello ricercato, idoneo a giustificare *ex se* l'esclusione dalla gara.

Infatti, il bene oggetto della commessa, da un lato, onde identificarne le caratteristiche essenziali, non può rimanere *troppo generico* e vago; ma, al contempo, dall'altro lato, al fine di non restringere la platea dei concorrenti, non può affatto essere *troppo specifico* e definito nel dettaglio minuto.

V'è l'esigenza di limitare entro rigorosi limiti applicativi l'area dei requisiti tecnici minimi e di dare spazio – parallelamente, ma anche ragionevolmente e proporzionalmente – ai prodotti sostanzialmente analoghi a quelli

espressamente richiesti dalla disciplina di gara (Cons. St., sez. III, 18 settembre 2019 n. 6212).

Nel mercato, gli operatori economici tendono invero a perfezionare costantemente i propri prodotti e a differenziarli, spesso per mere ragioni di *marketing*, dai prodotti omologhi dei concorrenti, per cui taluni operatori economici tentano sovente di proporre il proprio prodotto come ultimo ritrovato in possesso di qualità superiori agli altri in commercio.

Ma la *ratio* delle procedure di evidenza pubblica è proprio quella di permettere a prodotti e a produttori il libero confronto concorrenziale, nell'interesse concordante sia degli operatori economici, che in tal modo accedono, a parità di armi, al mercato del tipo di monopsonio degli appalti pubblici, sia delle amministrazioni appaltanti, che possono reperire nel mercato il migliore prodotto possibile, epperò confacente alle proprie esigenze.

La valutazione circa la corrispondenza delle offerte di gara rientra nella sfera della discrezionalità tecnica riconosciuta all'amministrazione, per cui essa è pacificamente sindacabile solo ed esclusivamente nel limite dell'abnormità della scelta per illogicità manifesta, irragionevolezza, arbitrarietà, travisamento dei fatti.

Diversamente opinando, si finirebbe continuamente per discettare di meri particolari o di specifiche modalità di funzionamento del prodotto, che non hanno alcuna dirimente rilevanza in concreto per il proficuo utilizzo del bene ricercato dall'amministrazione. Tanto vale a più forte ragione quando il metodo di aggiudicazione sia proprio quello del massimo ribasso, che non intende tipicamente prendere in considerazione prioritaria fattori di natura qualitativa.

Nel caso di specie, in definitiva, come peraltro attestato dai tre tecnici preposti alla valutazione di conformità (verbale di gara del 15 luglio 2021), tutti i prodotti offerti dall'odierna controinteressata sono rispondenti alle esigenze dell'A.S.L., poiché presentano caratteristiche identiche o, comunque, tali da ritenersi equivalenti o sovrapponibili a quelle indicate nel capitolato speciale, che assicurano dunque la funzionalità prevista dei beni offerti (Cons. St., sez. III, 5 giugno 2019 n. 3778).

Quanto poi al distinto profilo concernente la mancata attestazione di conformità C.E. con riguardo a due dei prodotti offerti dalla controinteressata, nonché l'omessa indicazione del numero di C.N.D. e di R.D.M. di un'asta porta flebo, trattasi di assunto contestato da parte avversa, che ha invece sostenuto come tutti i prodotti posseggano i requisiti di conformità alla commercializzazione.

Peraltro – ritiene il Collegio – siffatti requisiti sono apprezzabili solo nella successiva *fase esecutiva*, alla “immissione in commercio”, ossia prima della stipula del contratto – nella misura in cui possa parlarsi di “dispositivo medico” in senso proprio alla stregua del d.lgs. 24 febbraio 1997 n. 46 – tant'è che il disciplinare non ne prevede l'acquisizione nella preventiva fase di gara (*ex multis*: Cons. St., sez. III, 29 marzo 2018 n. 1994; 27 giugno 2017 n. 3145).

In ultimo, va sottolineato che l'art. 4, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76 convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020 n. 120 (c.d. decreto semplificazioni) ha sancito – onde favorire investimenti nei servizi pubblici (anche sanitari), in periodo di crisi economica ed emergenza pandemica – che, nell'ipotesi d'impugnazione di atti di procedure di affidamento, con determinazioni a contrarre adottate entro il termine del 31 luglio 2021 (nel caso di specie è stata adottata in data 29 aprile 2021), rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 119, comma 1, lett. a), del c.p.a. (affidamento di lavori, servizi e forniture), trovi applicazione l'art. 125, comma 2, del medesimo codice.

In applicazione dell'art. 125, comma 2, del codice del processo amministrativo, non sussiste alcuna irreparabilità del pregiudizio e va ritenuto prevalente l'interesse del soggetto aggiudicatore al celere affidamento ed esecuzione dell'appalto concernente la fornitura dei beni ricercati in favore dei servizi sanitari dell'A.S.L. di Foggia.

In particolare, ritiene il Collegio che debba farsi applicazione della succitata norma, in considerazione della circostanza per cui le presunte difformità parziali, ritenute di tipo essenziale da parte ricorrente, possano

astrattamente essere riferibili in concreto solo a taluni prodotti e non già a tutte le dieci tipologie di beni ricercati, non risultando allo stato pienamente dimostrato l'assunto contrario.

Ciò rende pertanto la commessa in concreto offerta come sostanzialmente idonea allo scopo per la quale la medesima fu posta a bando, determinando, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la prevalenza di quello orientato alla esecuzione dell'appalto così come aggiudicato.

6.- In conclusione, per le sopraesposte motivazioni, il ricorso va rigettato.

7.- Da ultimo, le spese di lite vanno compensate per la peculiarità della controversia in fatto e per la minima attività processuale svolta.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alfredo Giuseppe Allegretta, Presidente FF

Donatella Testini, Primo Referendario

Lorenzo Ieva, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE

Alfredo Giuseppe Allegretta

IL SEGRETARIO