

02342/2023 REG.PROV.COLL.

04257/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4257 del 2022, proposto da Medline International Italy S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Di Ienno e Lucia Licata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

Società Regionale per la Sanità S.p.A. (di seguito So.Re.Sa.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luciano Imperato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli, via Gramsci, n. 17 b; Regione Campania (non costituita in giudizio).

nei confronti

Bericah S.p.A. (di seguito Beriach), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Sala, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Alberto Saggiomo in Napoli, via Caracciolo, n. 15.

per l'annullamento

a) Della Determinazione D.G. n. 137 del 4 luglio 2022 di aggiudicazione del Lotto 9 della procedura aperta per l'affidamento della fornitura di "guanti sterili e non sterili DM e DPI" per le Aziende del SSR della Regione Campania e della Regione Emilia-Romagna, disposta in favore di BERICAH S.P.A., comunicata il 04/05 luglio 2022;

b) Del verbale n. 1 del 7 aprile 2022 nella parte in cui, per il Lotto 9, la Commissione giudicatrice ad esito della constatazione della documentazione inerente all'offerta tecnica, ha ammesso alla fase successiva BERICAH S.P.A.;

c) Del processo verbale n. 4 del 13 maggio 2022 nella parte in cui, per il Lotto 9, ha ritenuto conforme il prodotto offerto dalla Controinteressata perché "risponde a quanto previsto dall'allegato B3 del Capitolato di gara" e ha valutato l'offerta tecnica della Controinteressata;

- d) Dell'allegato sub 11 al processo verbale n. 4 nella parte in cui ha recepito i punteggi assegnati al dispositivo offerto da BERICAH S.P.A.;
- e) Del processo verbale n. 6 dell'08 giugno 2022 nella parte in cui, per il Lotto 9, ha assegnato i punteggi tecnici al prodotto della Controinteressata;
- f) Dell'allegato sub 6 al processo verbale n. 6 nella parte in cui ha recepito i punteggi assegnati al dispositivo offerto da BERICAH S.P.A.;
- g) Del verbale n. 7 del 23 giugno 2022 e del relativo verbale sub 1 nella parte in cui ha individuato prima in graduatoria la BERICAH S.P.A.;
- h) Del verbale di verifica dell'anomalia del 24 giugno 2022 nella parte in cui in merito al Lotto n. 9 il RUP ha dato atto che "risulta congrua per le motivazioni riportate nelle spiegazioni l'offerta della ditta BERICAH S.P.A.";
- i) Delle giustifiche rese da BERICAH S.P.A. ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs. 50/2016, non cognite nel loro intrinseco contenuto;

Per quanto occorrer possa:

- j) Della Determinazione del Direttore Generale n. 142 del 03 dicembre 2021 di indizione della gara in oggetto, non cognita nel suo intrinseco contenuto;
- k) Del Bando di gara, dell'Allegato B3 "Caratteristiche dei lotti" allegato al Disciplinare di gara;

Oltre ogni atto annesso, connesso, precedente e/o consequenziale ancorché non conosciuto,

Nonché

– per la declaratoria di inefficacia della convenzione relativa al Lotto 9 ex art. 122 c.p.a. ove nelle more stipulata;

Nonché

– per l'accertamento e la condanna:

Al risarcimento dei danni patiti e patienti in via prioritaria in forma specifica attraverso l'aggiudicazione del Lotto 9 e la stipula della relativa convenzione, con richiesta fin da ora di eventuale subentro;

In via subordinata, nell'impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della So.Re.Sa. s.p.a. e della Bericah S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2023 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 3 dicembre 2021, con Determina D.G. n. 141, la So.Re.Sa. indiceva una procedura aperta da svolgersi a mezzo della piattaforma SIAPS, volta alla sottoscrizione di una convenzione per l'affidamento della fornitura dei guanti sterili e non sterili DM e DPI, per le Aziende del SSR della Regione Campania e della Regione Emilia – Romagna, per un valore complessivo di € 199.821.853,654+IVA.

La gara era suddivisa in 47 lotti, con durata di ogni singola convenzione di 12 mesi, decorrenti dalla data di stipula in costanza della quale poter sottoscrivere contratti di fornitura per un massimo di 48 mesi.

L'odierno giudizio riguarda il solo Lotto 9, CIG: 8987708B43, avente ad oggetto DM "Guanti chirurgici sterili ultrasottili per microchirurgia in POLIISOPRENE sintetico, SENZA polvere, varie misure", per un importo di € 626.194,80, da aggiudicare all'offerta recante il miglior rapporto qualità/prezzo (70/30).

Entro il termine del 20 gennaio 2022 per il lotto 9 hanno presentato offerta: CARDINAL HEALTH ITALY 509, BERICAH e MEDLINE. Quest'ultima ha proposto guanti in poliisoprene, segnatamente il guanto 'MSG96xx Sencicare PI Micro', in linea con la prescrizione della legge di gara che identificava quale oggetto della fornitura guanti composti dal predetto materiale contrassegnati da uno specifico codice della Classificazione Nazionale dei Dispositivi (CND).

Viceversa la Beriach proponeva i guanti 'Finessis Corium' in copolimero a base di SBC, con una composizione, pertanto, diversa da quella prescritta, corredando tuttavia la propria offerta con una dichiarazione di equivalenza che la commissione riteneva idonea, ammettendo la controinteressata alla prosecuzione della gara.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche la Bericach si classificava al primo posto con la Medline che, collocatasi al secondo posto, proponeva il ricorso introduttivo del presente giudizio notificato in data 5 settembre 2022 e depositato il successivo 19 settembre, chiedendo l'annullamento previa sospensione degli effetti, dell'aggiudicazione in favore della Bericach e degli altri atti in epigrafe dettagliati sulla base delle censure di seguito sintetizzate.

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare, dell'allegato b2 e di quello b3 al disciplinare di gara. Violazione della descrizione del lotto 9 come esplicitata negli atti di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 32, 68, 83 e 95 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, irragionevolezza e illogicità, ingiustizia manifesta. Violazione dei principi di certezza, legalità e legittimo affidamento. Violazione dell'art. 97 della Cost.

L'Allegato B2 al Disciplinare indica come oggetto del lotto 9 "Guanti chirurgici sterili ultrasottili per microchirurgia in POLIISOPRENE sintetico, SENZA polvere, varie misure", specificando di quale materiale dovessero essere composti i guanti (appunto il poliisoprene).

Pertanto, secondo la ricorrente, il tipo di prodotto offerto dalla controinteressata Bericach costituirebbe un aliud pro alio, in quanto composto da materiale diverso, con la conseguenza che l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

La ricorrente precisa che il Flexilon, che è il materiale dei guanti offerti dalla controinteressata, sarebbe un co-polimero a base di SBC (Styrene-Butadiene Copolymer) avente una struttura molecolare totalmente diversa da quella del Poliisoprene (il quale emula il Poliisoprene Naturale ma senza il rischio di includere le proteine allergeniche del lattice di gomma naturale).

Lo stesso codice di classificazione del prodotto offerto dalla Bericach (TO1010299) sarebbe diverso da quello espressamente indicato nella legge di gara per il lotto 9 (TO1010203), sicché la prescrizione di gara relativa al materiale dei guanti da fornire sarebbe indefettibile e non potrebbe essere soddisfatta dalla dichiarazione di equivalenza fornita dalla Bericach a corredo della propria offerta.

Ed infatti, prosegue la ricorrente, l'operatività del principio di equivalenza incontra il limite – anche ove non è espressamente sanzionato con l'esclusione dalla gara – dell'impossibilità di superare e vanificare i requisiti minimi previsti dalle condizioni di gara, perché ritenuti necessari e indispensabili, atteso che diversamente si consentirebbe di proporre prodotti non rispondenti alle caratteristiche peculiari indicate dall'Amministrazione.

Del resto, la suddivisione in ben 47 lotti dimostrerebbe che la stazione appaltante ha inteso parcellizzare la fornitura, identificando nel dettaglio i requisiti minimi di ciascun lotto, sicché ammettere l'equivalenza anche sui requisiti minimi finirebbe per contraddire l'intendimento stesso di So.Re.Sa. di acquisire prodotti con le specifiche caratteristiche minime di volta in volta identificate.

II) Violazione dei principi di certezza, legalità e legittimo affidamento. Eccesso di potere per arbitrarietà, sviamento e travisamento dei fatti, irragionevolezza e illogicità, ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 97 della Cost.

L'ammissione di un prodotto non rispondente alla legge di gara integrerebbe un grave strappo alle regole di par condicio tra i concorrenti, alterando in modo sostanziale l'equilibrio concorrenziale e di imparzialità dell'azione amministrativa.

Si sono costituite in resistenza la Bericach e la So.Re.Sa. producendo memorie e documenti.

Le parti hanno ulteriormente sviluppato le proprie difese con le memorie ex art. 73 c.p.a. e alla pubblica udienza del 25 gennaio 2023 la causa è stata introitata in decisione.

Il presente giudizio si incentra sul lotto n. 9 della gara indetta da So.Re.Sa. relativo alla fornitura di “Guanti chirurgici sterili ultrasottili per microchirurgia in Poliisoprene sintetico, senza polvere, varie misure”. L’aggiudicataria Beriach ha offerto il guanto ‘Finnessis Corium’ in copolimero a base di SBC, sostanza diversa dal Poliisoprene. Con i due motivi di ricorso, che per la loro obiettiva connessione possono essere esaminati congiuntamente, parte ricorrente ritiene che tale offerta integrerebbe un aliud pro alio e che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l’offerta, atteso che la dichiarazione di equivalenza non sarebbe idonea a superare la prescrizione di gara sui requisiti minimi, altrimenti alterandosi la par condicio tra i concorrenti.

Il ricorso è infondato.

È incontestato tra le parti che nella definizione del lotto 9 la So.Re.Sa. abbia specificamente individuato quale oggetto della fornitura “Guanti chirurgici sterili ultrasottili per microchirurgia in POLIISOPRENE sintetico, SENZA polvere, varie misure” (cfr. Allegato B2 – Elenco Lotti) e che il paragrafo 16 del disciplinare prevedeva espressamente che “I beni dovranno essere conformi a quanto richiesto nel capitolato tecnico e negli allegati di gara, pena l’esclusione dalla procedura”.

Ciò posto, occorre stabilire se sia ammissibile l’offerta di una fornitura di guanti composti da un materiale diverso, ma che tuttavia presenti caratteristiche tecniche e prestazionali uguali, se non migliori, rispetto a quelle richieste in forza di una dichiarazione di equivalenza esaminata e positivamente valutata dalla commissione di gara.

Occorre quindi individuare l’applicabilità alla fattispecie del principio di equivalenza.

L’art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016, che attua nell’ordinamento nazionale l’art. 42 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che le “specifiche tecniche” (qui da intendersi in senso lato, alla stregua di parametri di definizione dell’offerta tecnica):

- sono inserite nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per i lavori servizi o forniture (comma 1);
- consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (comma 4);
- sono indicate nella lex specialis secondo diverse modalità (comma 5): “in termini di prestazioni o di requisiti funzionali ... a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l’oggetto dell’appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l’appalto” (lettera a); ovvero “mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l’espressione «o equivalente»” (lett. b);

oppure, sostanzialmente, abbinando specifiche tecniche dell'uno e dell'altro dei tipi predetti (lett. c) e d).

Il comma 7 prevede che un'offerta non può essere respinta perché non conforme alle prescrizioni di cui al comma 3, lett. b), previste dalla *lex specialis*, “se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”.

Il successivo comma 8 aggiunge che “quando si avvalgono della facoltà, prevista al comma 5, lettera a), di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali” un'offerta non può essere respinta ove risulti conforme “a una norma che recepisce una norma europea, a una omologazione tecnica europea, a una specifica tecnica comune, a una norma internazionale o a un sistema tecnico di riferimento adottato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti”.

Anche in tale evenienza sarà cura dell'offerente “...dimostrare con qualunque mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che i lavori, le forniture o i servizi conformi alla norma ottemperino alle prestazioni e ai requisiti funzionali dell'amministrazione aggiudicatrice”.

Così definite le coordinate normative del principio di equivalenza, secondo la giurisprudenza prevalente, ancora di recente ribadita (cfr. Cons. St., sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212), l'ambito di applicazione del principio in parola è piuttosto ampio, in quanto:

– il principio di equivalenza “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) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione” (cfr. Cons. Stato, III, n. 4364/2013; n. 4541/2013; n. 5259/2017; n. 6561/2018);

– trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e “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” (cfr. Cons. Stato, III, n. 6721/2018).

Ciò premesso sul principio di equivalenza, la questione controversa nel presente giudizio è sostanzialmente sovrapponibile ad altra recentemente definita dal Consiglio di Stato (Sez. III, 25 novembre 2020, n. 7404) avente ad oggetto proprio la fornitura da parte della Beriach di guanti del tipo di quelli offerti nell'ambito del lotto 9 nella gara oggetto del presente giudizio.

Secondo il Consiglio di Stato, in ragione della rammentata estensione del principio di equivalenza, la Commissione è onerata di prendere specificamente posizione, nel merito, sulla conformità sostanziale alle divise caratteristiche tecniche del prodotto offerto dalla Beriach, una volta che la concorrente abbia assolto, come avvenuto nel caso di specie, all'onere di corredare la propria offerta di una dichiarazione di equivalenza e contestualmente di dimostrare, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86 del medesimo codice, che le soluzioni proposte ottemperino in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche ovvero che i lavori, le forniture o i servizi conformi alla norma ottemperino alle prestazioni e ai requisiti funzionali dell'amministrazione aggiudicatrice.

A fronte di una valutazione positiva operata dalla commissione di gara sull'attendibilità della dichiarazione di equivalenza della Beriach, parte ricorrente si è limitata a censurare il mero dato formale della differenza tra il materiale offerto e quello richiesto dalla legge di gara, senza tuttavia confutare tecnicamente la ravvisata equivalenza che la commissione, in ragione del proprio ruolo e della propria composizione, ha ritenuto sussistente.

Sul punto il Consiglio di Stato ha rilevato che “è, invero, del tutto insufficiente l'enunciazione incentrata sulla diversa consistenza del materiale del prodotto offerto ove non accompagnata dalla rilevazione di obiettivi elementi distintivi che valgano a tracciare una diversa resa funzionale rispetto agli obiettivi perseguiti. Deve, invero, rilevarsi che, anche in sede di appello, non risultano comprovate significative differenze tra i due prodotti che valgano ad escludere un rapporto di sostanziale equivalenza dei dispositivi in comparazione sotto il profilo tecnico – funzionale ovvero di consistenza (resistenza, allungamento, elasticità etc.) di facilità d'uso e di possibili controindicazioni, con la conseguenza che, in mancanza di elementi idonei a suffragare l'effettiva eterogeneità degli oggetti in comparazione, ogni diversa determinazione si pone in rapporto di distonia con l'assetto regolatorio contenuto nell'articolo 68 del codice dei contratti incentrato, quale canone generale dell'intera disciplina dell'evidenza pubblica, sulla valorizzazione del principio di equivalenza che, per definizione, rende valutabili prestazioni da ritenersi omogenee sul piano funzionale secondo criteri di conformità sostanziale” (cfr. Cons. Stato, n. 7404/2020 cit. che richiama III Sezione n. 932 del 5.2.2020).

Ancora, è stato di recente ribadito che la verifica delle offerte in gara è finalizzata a certificarne non la formale identità ma la sostanziale equivalenza funzionale: l'equivalenza va ragguagliata alla funzionalità di quanto richiesto dalla pubblica Amministrazione con quanto offerto in sede gara, non certo alla mera formale descrizione del prodotto. Ed, invero, le specifiche tecniche hanno il compito di rendere intellegibile il bisogno che la stazione appaltante intende soddisfare con la pubblica gara più che quello di descrivere minuziosamente le caratteristiche del prodotto offerto dai concorrenti (cfr. C.G.A.R.S., Sez. Giur., 20.7.2020, n. 634).

Peraltro, anche a ripudio della seconda censura sulla violazione del principio di concorrenza, l'irrigidimento della prescrizione capitolare sul materiale indicato, senza ammettere i temperamenti rinvenienti dal principio di equivalenza, costituirebbe, di fatto, una barriera di ingresso che varrebbe ad escludere tutti gli operatori che, pur operando nel medesimo settore, producono e commerciano identici prodotti con i medesimi standard

prestazionali con un'irragionevole restrizione della latitudine applicativa dei principi di concorrenza.

Nel caso di specie, come detto, l'equivalenza sostanziale tra il prodotto offerto dalla controinteressata e quello richiesto dall'Amministrazione è stato attestato dalla Bericach e confermato dalla valutazione della commissione a cui parte ricorrente non ha contrapposto alcuna specifica deduzione tecnica con la conseguenza che tale valutazione deve considerarsi legittima, non parendo né illogica né sproporzionata.

In definitiva le censure si appalesano infondate e il ricorso deve essere respinto.

La peculiarità della vicenda scrutinata giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), 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 Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF

Giuseppe Esposito, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO