

Publicato il 28/03/2024

00334/2024 REG.PROV.COLL.

00118/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 118 del 2024, proposto da
Soc. Primed S.r.l., in relazione alla procedura CIG 90947411B3, rappresentata e difesa dagli
avvocati Antonio Squillace, Alessandro Ferri, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche, rappresentata e difesa dall'avvocato
Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Aptiva Medical S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Giampaolo Marengi, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

– della Determina del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliero Universitaria delle
Marche n. 73 del 31/01/2024, comunicata a mezzo pec, in data 02/02/2024 ed avente ad
oggetto "ACP2494PA- Procedura Aperta Telematica finalizzata alla stipula di Accordi
Quadro per fornitura dispositivi per neurochirurgia–gara n. 8445229– Aggiudicazione –
Importo complessivo € 5.193.099,73+ IVA 4% e 22% (opzioni escluse)" con cui
l'Amministrazione ha proceduto ad approvare i risultati delle operazioni di gara e la
proposta di aggiudicazione della procedura di gara telematica per l'affidamento della
fornitura di dispositivi per la diagnosi e la terapia chirurgica delle malattie del sistema
nervoso (neurochirurgia), come risultante dei lavori della Commissione riportati nel
documento istruttorio, nella parte in cui è stato aggiudicato alla Aptiva Medical srl il Lotto
n. 45 avente ad oggetto la fornitura di "puntali per testiera di Myfield e pediatrici monouso"
– CIG 90947411B3.

– del verbale n. I del 28/03/2022 di apertura della documentazione amministrativa;

– del verbale n. II del 27/04/2022 – Seduta Pubblica Telematica di apertura offerta tecnica;

– del verbale n. I del 26/09/2022 della Commissione Aggiudicatrice I Seduta;

- del verbale del 31/01/2023 della Commissione Aggiudicatrice II Seduta;
- del verbale del 26/05/2023 della Commissione Aggiudicatrice III Seduta;
- del verbale n. III del 15/11/2023 – Seduta Pubblica Telematica Apertura Busta C Offerta Economica
- dei verbali delle sedute riservate per l’attribuzione dei punteggi caricati in piattaforma del 07/12/2023
- di tutti i verbali di gara, in parte qua,
- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

nonché per il risarcimento del danno subito, in forma specifica ovvero – in via gradata – per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche e dell’Aptiva Medical S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2024 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

La ricorrente impugna gli atti con i quali è stata aggiudicata la gara finalizzata alla stipula dell’Accordo Quadro per fornitura di dispositivi per neurochirurgia, nella parte in cui è stato aggiudicato all’Aptiva Medical srl il Lotto n. 45 avente ad oggetto la fornitura di “puntali per testiera di Myfield e pediatrici monouso” – CIG 90947411B3.

Sul punto la ricorrente espone che ai sensi dell’art. 5 del Capitolato Speciale di Appalto in tema di “specifiche tecniche – scheda fabbisogno”, per il lotto 45 la scheda prevede quali caratteristiche di minima, per il dispositivo “puntali per testiera di Mayfield e pediatrici monouso” : “a) in acciaio, b) monouso, c) originali per testiere di Mayfield A1083 e A1084”.

L’appalto, al prezzo più basso, è stato aggiudicato alla controinteressata, che ha offerto il prodotto dal nome commerciale “evo_PIN – codice prodotto 85-000201 (adulti) e 85-000202 (pediatrici)”.

La ricorrente contesta l’aggiudicazione con un unico motivo di ricorso, lamentando la violazione della legge di gara e delle disposizioni in tema di equivalenza, nonché eccesso di potere. Difatti, la scheda fabbisogno prevedeva puntali “originali per testiere di Mayfield”, mentre quelli offerti dall’aggiudicataria, oltre ad essere di altra marca, sarebbero indicati, come riportato nella stessa scheda tecnica, solo per una testiera della medesima marca. Inoltre, l’equivalenza non sarebbe stata in alcun modo dimostrata né con la necessaria dichiarazione dell’aggiudicataria, né a seguito dell’autonoma valutazione della Commissione.

Si sono costituite l’Azienda Ospedaliero Universitaria delle Marche e la controinteressata, resistendo al ricorso.

1 Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

1.1 Per giurisprudenza costante, l'interpretazione della *lex specialis* di gara deve essere condotta secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive ed anticoncorrenziali, e, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara (Cons. Stato. V, 17 febbraio 2022, n.1186). Nel caso in esame, i requisiti previsti dalla scheda fabbisogno sono indubbiamente di difficile interpretazione, a causa di una formulazione non felice.

1.2 Detto ciò, in base al pacifico principio sopra menzionato, la formula "originali per tastiere di Mayfield" non deve essere intesa nel senso di appartenenti al marchio Mayfield, prestandosi a diverse interpretazioni. In assenza della specifica previsione di un prodotto "originale" (dello stesso del marchio della testiera alla quale i puntali sono destinati), non possono che valere le regole di interpretazione sopra richiamate. Difatti, mentre per la richiesta di prodotti non a specifico marchio non è necessaria una chiara scelta della legge di gara in tal senso, al contrario le caratteristiche indefettibili di un prodotto non suscettibili di equivalenza devono essere chiaramente individuate. Come osservato in giurisprudenza, la distinzione tra oggetto dell'appalto e specifiche tecniche riconducibili al disposto dell'articolo 68 d.lgs n. 50 del 2016, va effettuata alla luce della ratio sottesa al principio di equivalenza. Il presupposto essenziale perché detto principio possa essere richiamato e trovare applicazione è che, sul piano qualitativo, si sia in presenza di una specifica in senso propriamente tecnico, e cioè di uno standard – espresso in termini di certificazione, omologazione, attestazione, o in altro modo – capace di individuare e sintetizzare alcune caratteristiche proprie del bene o del servizio, caratteristiche che possono tuttavia essere possedute anche da altro bene o servizio pur formalmente privo della specifica indicata. Conseguentemente, il principio trova ragione di applicazione in presenza di specifiche tecniche aventi un grado di dettaglio potenzialmente escludente, a fronte cioè di uno standard tecnico-normativo capace d'impedire la partecipazione alla gara proprio perché – atteso il livello della sua specificità – presenta un portato selettivo: al fine d'impedire che tale selezione si risolva in termini irragionevolmente formalistici, finendo con il produrre un effetto anticompetitivo, la previsione di un siffatto standard deve essere affiancata dalla necessaria clausola d'equivalenza" (Cons. Stato, V 20 giugno 2022 n. 5034).

1.3 La scheda fabbisogno non può quindi essere interpretata nel senso di richiedere necessariamente puntali originali a marchio Mayfield. La relazione tecnica presentata dalla controinteressata riporta specificamente la dicitura "puntali per testiera di Mayfield adulti e pediatrici monouso" e la Commissione di Gara non ha riscontrato alcuna incompatibilità tra l'utilizzo di tali dispositivi e la testiera cui sono destinati. Peraltro, anche parte ricorrente non è in grado di individuare alcuna inidoneità del dispositivo offerto e, soprattutto, alcuna difformità sostanziale rispetto ai prodotti codice 1083 1084 prodotti dalla ditta Mayfield. In base principi sopra affermati, devono essere ammessi alla gara i prodotti ritenuti equivalenti allo standard fissato con la precisa indicazione del prodotto tipo. Peraltro, per costante giurisprudenza, la Commissione di gara 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* (tra le tante Cons. Stato III 9 giugno 2022, n. 4721). Nel caso in esame, nella relazione tecnica l'aggiudicataria ha dichiarato di offrire "puntali per testiera di Mayfield adulti e pediatrici monouso", individuati nella legge di gara con specifici standard. Il ricorso non contesta il rispetto di questi standard se non per la mancanza del marchio Mayfield e l'indicazione nelle istruzioni che i puntali evo- PIN dovrebbero essere utilizzati "con il sistema poggiatesta evoBase di Evonos". Quest'ultima indicazione non costituisce un sufficiente indice di difformità, in assenza di contestazione

concreta della rispondenza alle specifiche indicate sulla scheda fabbisogno. Né può condurre a diversa conclusione il fatto che in sede di consultazione preliminare fossero stati più chiaramente individuati come oggetto della gara i “puntali in acciaio monouso compatibili con testiera di Mayfield codici A1083 e A1084”.

1.4 A seguito di osservazione, che l’amministrazione si riservava di valutare i fini della stesura definitiva del bando, il lotto della procedura di gara, denominato “puntali per testiera Mayfield adulti e pediatrici monouso”, riportava nella scheda fabbisogno “puntali originali per tastiere Mayfield”. Tale indicazione, come già detto, non può implicare la richiesta specifica di puntali originali a marchio Mayfield e la conseguente impossibilità di presentare prodotti compatibili equivalenti. Infatti, le specifiche non sono dotate della chiarezza necessaria per il superamento dei pacifici criteri interpretativi in tema di requisiti dell’offerta sopra richiamati, per cui l’offerta di dispositivi equivalenti non può in alcun modo integrare una violazione della par condicio.

2 Per quanto sopra il ricorso deve essere respinto.

2.1 Le spese possono essere compensate, in considerazione dell’infelice formulazione della scheda fabbisogno per il prodotto

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Seconda), 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 Ancona nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2024 con l’intervento dei magistrati:

Renata Emma Ianigro, Presidente

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

IL SEGRETARIO