

Publicato il 23/08/2022

N. 00655/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00309/2022 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 per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 309 del 2022, proposto da
Ab Medica S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Masotti, Mauro Renna e Carlo
Piatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Arianna Cecutta, Giulia Valzania e Katia
Monti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Medtronic Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fianza, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Medtronic Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensiva

- del Bando di gara dell'Azienda USL di Bologna avente ad oggetto la “Procedura Aperta per la fornitura, installazione e posa, in noleggio di 7 anni, di un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per le esigenze dell'IRCCS Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna (AOUBO)”, pubblicato sulla GURI, 5° serie speciale – Contratti Pubblici n. 37 del 28.03.2022, unitamente al Disciplinare di gara, al Capitolato Speciale di gara e a tutta la documentazione di gara;

- degli atti presupposti, consequenziali o connessi, ivi compresa, per quanto occorrer possa, la determinazione n. 764 del 22.03.2022 con la quale la AZIENDA USL DI BOLOGNA si è determinata a contrarre in relazione a quanto oggetto del Bando;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione resistente a rinnovare la procedura di gara emendata dalle illegittimità riscontrate, ostative alla partecipazione della ricorrente alla procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl di Bologna e di Medtronic Italia S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente che l'Azienda USL di Bologna ha indetto procedura aperta per la fornitura, installazione e posa, in noleggio di 7 anni, di

un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per le esigenze dell'IRCCS Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna (AOUBO)" con bando pubblicato sulla GURI, 5° serie speciale - Contratti Pubblici n. 37 del 28 marzo 2022 per un importo a base di gara di 5,5 milioni di euro e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La suddetta gara era stata preceduta da indagine di mercato a cui aveva partecipato la stessa ricorrente evidenziando alcune criticità poi trasfuse nella procedura aperta.

Con il ricorso in esame AB Medica s.p.a., ha impugnato il suindicato bando lamentando in buona sostanza l'illegittimità dei requisiti tecnici di minima ivi richiesti, posseduti a suo dire da un solo operatore ovvero Medtronic s.p.a. , alla stregua di un vero e proprio bando "fotocopia".

A sostegno del gravame ha dedotto tre motivi così riassumibili:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del D.Lgs. 50/2016 - Violazione del principio della massima concorrenza, della par condicio tra i concorrenti, del favor participationis e del legittimo affidamento - Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 9, 32, 41 e 97 Cost. - Eccesso di potere per sviamento: il bando richiederebbe per la partecipazione requisiti tecnici di minima posseduti da un solo operatore ovvero Medtronic con il sistema robotico "Hugo" in aperta violazione dell'art 68 del Codice appalti e con evidente sviamento di potere intendendo la stazione appaltante affidare la fornitura ad un operatore previamente determinato.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del D.Lgs. 50/2016 - Violazione del principio della massima concorrenza, della par condicio tra i concorrenti, del favor participationis e del legittimo affidamento - Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 9, 32, 41 e 97 Cost. - Eccesso di potere per manifeste irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà, sproporzione e contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e ss. L. 241/1990: le caratteristiche tecniche di minima elencate nell'allegato A del

Capitolato speciale di gara che più identificano il prodotto “Hugo” della Medtronic oltre che manifestamente irragionevoli e sproporzionati in relazione all’oggetto della fornitura restringono indebitamente la partecipazione alla gara con particolare riferimento: a) schermo piatto con display 3D ad alta definizione; b) occhiali 3D per il chirurgo e per eventuali osservatori; c) endoscopio con diametro 10 mm angolatura 0° e 30°; d) due controller nella Consolle Chirurgo; tutti i suindicati elementi sarebbero appannaggio esclusivo di Medtronic e, dunque, rivelatori di un bando “fotografia”; il sistema robotico offerto dalla ricorrente caratterizzato da una visione immersiva a 360 ° sarebbe tecnicamente migliore rispetto al sistema offerto da Medtronic consistente in un mero schermo con display 3D ad alta definizione e con necessità di occhiali 3D per il chirurgo ed eventuali osservatori.

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 68 e 95 del D.Lgs. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e ss. L. 241/1990 e dei principi di trasparenza e buon andamento dell’azione amministrativa - Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 9, 32, 41 e 97 Cost. - Eccesso di potere per difetto di motivazione e per carenza di istruttoria: mancherebbe nel bando l’indicazione dei parametri di ammissione e di valutazione delle offerte tecniche che contemplano caratteristiche diverse da quelle prese in considerazione dalla stazione appaltante; il bando non renderebbe così possibile l’applicazione del pur immanente principio di equivalenza non indicando gli standard funzionali e prestazionali da conseguire.

Alla stregua dei suindicati motivi parte ricorrente denuncia l’impossibilità di partecipare alla gara essendo a suo dire impossibilitata a dimostrare l’equivalenza funzionale del proprio prodotto.

Si è costituita in giudizio l’Azienda USL eccependo anzitutto l’inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in considerazione della portata non direttamente lesiva del bando, avendo peraltro la ricorrente concretamente partecipato alla gara unitamente a Medtronic. Nel merito ha evidenziato

l'infondatezza di tutti i motivi "ex adverso" dedotti poiché in sintesi: - posto che vi sono in tutto quattro soli operatori operanti economici nel mercato italiano a offrire sistemi robotici, le caratteristiche di minima previste sarebbero possedute oltre che da Medtronic anche dall'operatore CMR Surgical con il sistema "Versius" e inoltre anche dall'operatore Asensus Surgical con il sistema "Senhance"; - il capitolato contempla espressamente, per quanto non ce ne fosse bisogno, il principio di equivalenza, potendo dunque la ricorrente partecipare come poi ha concretamente fatto; - sarebbe assolutamente non provato che lo schermo 3D del sistema "Hugo" della Medtronic a console aperta sia peggiore del sistema "Da Vinci" di tipo immersivo ovvero a console chiusa fornito dalla ricorrente; - quanto al diametro endoscopio i prescritti 10 mm sono il limite massimo.

Alla camera di consiglio del 11 maggio 2022 con ordinanza n. 274/2022 la domanda incidentale cautelare è stata respinta "ritenuto ad un sommario esame - impregiudicato l'esame dell'eccezione in rito sollevata dalla stazione appaltante - di non potere apprezzare favorevolmente le esigenze cautelari attesa sia la carenza del "periculum in mora" che di elementi di sufficiente fondatezza della pretesa azionata".

In prossimità della trattazione nel merito le parti hanno depositato articolate memorie e documentazione.

Si è costituita in giudizio la società Medtronic con atto di intervento "ad opponendum" eccependo l'inammissibilità del ricorso in quanto non notificato, avendo ella interesse contrario alla prosecuzione del confronto concorrenziale e all'eventuale aggiudicazione della fornitura; quanto al merito ha evidenziato l'infondatezza della pretesa "ex adverso" azionata perché la ricorrente in base al principio di equivalenza richiamato espressamente nel bando - da ritenersi comunque eterointegrato dal disposto imperativo di cui all'art. 68 d.lgs. 50/2016 - potrebbe sempre dimostrare con ogni mezzo l'equivalenza del proprio prodotto offerto non solo per la partecipazione alla gara ma per la stessa valutazione dell'offerta tecnica, citando al riguardo

giurisprudenza del Consiglio di Stato, riservandosi comunque di impugnare l'eventuale esclusione in ipotesi di ritenuta violazione dell'art. 68 d.lgs. 50/2016.

Con memoria la ricorrente ha replicato all'eccezione in rito sollevata da Medtronic e contestato la circostanza secondo cui anche CRM Surgical e Assensus avrebbero potuto partecipare alla gara, depositando documentazione tesa a dimostrare come i sistemi robotici di questi due operatori sarebbero privi di tutte le caratteristiche tecniche di minima richieste.

Con memoria di replica l'Azienda USL ha eccepito l'inammissibilità dei nuovi motivi di gravame dedotti con la memoria depositata e non notificata consistenti nell'impossibilità di CRM Surgical a partecipare alla gara, dal momento che con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente si limitava a censurare quattro precisi requisiti tecnici (schermo 3D, occhiali 3D, endoscopio con diametro 10 mm, presenza di 2 controller) ritenuti appannaggio esclusivo di Medtronic.

Alla pubblica udienza del 14 luglio 2022, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- E' materia del contendere la legittimità del bando pubblicato sulla GURI il 28 marzo 2022 dall'Azienda USL di Bologna con cui è stata indetta procedura aperta per la fornitura, installazione e posa, in noleggio di 7 anni, di un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per le esigenze dell'IRCCS Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna, per un importo a base di gara di 5,5 milioni di euro e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente AB Medica s.p.a. lamenta in buona sostanza l'illegittimità di alcuni requisiti tecnici di minima richiesti dalla stazione appaltante ritenuti appannaggio esclusivo di Medtronic s.p.a. e dunque rilevatori, a suo dire, di un vero e proprio bando "fotocopia", impedendo la propria partecipazione alla

gara così come quella di altri operatori, si da concretare l'immediata e diretta lesività della *lex specialis*.

2.- In punto di fatto giova precisare che la ricorrente ha partecipato alla procedura aperta in esame unitamente a Medtronic e che la gara risulta allo stato in itinere.

3.- Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni in rito sollevate dall'Azienda intimata e dall'interveniente Medtronic.

4.- Ad avviso di Medtronic essa sarebbe controinteressata in senso sostanziale e dunque titolare a ricevere la necessaria notifica del ricorso in esame ai sensi dell'art. 41 c. 2, c.p.a. in quanto titolare di interesse diametralmente opposto a quello della ricorrente consistente nella prosecuzione del confronto concorrenziale e soggetto chiaramente indicato nel ricorso quale fornitore unico del prodotto; né a suo dire la mancata notifica sarebbe sanata dalla propria costituzione volontaria, in quanto avvenuta dopo la fase cautelare da ritenersi essenziale nel processo amministrativo.

Non ritiene il Collegio di poter aderire a tale prospettazione.

Per giurisprudenza pacifica - da cui il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi - allorché l'impugnazione riguardi un atto generale, come il bando di gara, non vi sono (ancora) controinteressati cui il ricorso debba essere notificato a pena di inammissibilità, atteso che la qualifica di controinteressato, quale soggetto titolare di un interesse giuridicamente rilevante, non si configura in capo al mero partecipante laddove sia ancora in corso lo svolgimento della gara e, dunque, la stazione appaltante non abbia fatto luogo all'aggiudicazione dell'appalto (*ex plurimis* T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 9 novembre 2020, n. 2926; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 17 luglio 2018, n. 5380; Consiglio di Stato, sez. V, 19 marzo 2018, n. 1745).

L'eccezione è dunque priva di pregio.

5.- Merita invece positivo apprezzamento la parimenti sollevata eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo il bando gravato portata direttamente ed immediatamente lesiva.

5.1. - Come noto va escluso l'onere di immediata impugnazione in merito alle prescrizioni del bando la cui lesività dipende dalla loro effettiva applicazione e dalla loro concreta incidenza nei confronti dell'impresa partecipante alla procedura concorsuale, secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali anche dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (*ex multis* Consiglio di Stato Ad. Plen., 24 giugno 2002, n.3 e 26 aprile 2018, n. 4).

L'onere/possibilità di immediata impugnazione delle previsioni di bando sussiste solo in presenza di una lesione concreta ed attuale della situazione giuridica dell'interessato, ravvisabile esclusivamente nei casi in cui le clausole impugnate precludano con assoluta certezza l'utile partecipazione, dovendosi altrimenti attendere l'emanazione dell'atto applicativo. L'esigenza di puntuale specificazione, del resto, va correlata alla natura eccezionale delle ipotesi di immediata impugnabilità, eccezionalità che rileva pure quale canone interpretativo della casistica, di elaborazione giurisprudenziale, di clausole immediatamente escludenti (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 6 luglio 2021, n.7965; cfr. Consiglio di Stato sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602).

Sono ritenute immediatamente escludenti le clausole che comportino l'impossibilità di accedere alla gara, disposizioni abnormi o irragionevoli, condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale obiettivamente non conveniente, imposizione di obblighi "contra jus", gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, formule matematiche errate, omessa indicazione dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso, clausole che rendano la partecipazione inutile, "contra jus" o eccessivamente gravosa (*ex plurimis* T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 11 settembre 2018, n. 1927, Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 26 aprile 2018, n. 4).

Ancora, vanno considerate "clausole immediatamente escludenti" del bando, comportanti l'onere della immediata impugnazione di questo, solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico (in

termini, Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), A tal fine quest'ultimo è tenuto a dimostrare, in via pregiudiziale, il suo interesse ad agire, quando prova di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, e dimostra, nel merito, l'illegittimità della legge di gara quando prova che tale impossibilità è comune alla maggioranza delle imprese operanti nel settore (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284).

5.2.- Tanto premesso, nel caso di specie l'odierna ricorrente lamenta come visto il possesso delle caratteristiche tecniche di minima richieste dalla lex specialis in capo alla sola Medtronic evidenziando al contempo l'equivalenza tecnica ed anzi la superiorità sotto vari aspetti del proprio sistema "Da Vinci" offerto, caratterizzato - come visto - da un sistema immersivo a 360° (ovvero a console chiusa) rispetto a quello offerto da Medtronic contraddistinto invece da uno schermo piatto con display 3D ad alta definizione e visione soltanto frontale (a console aperta).

Il principio di equivalenza - per giurisprudenza costante - permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, e risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d'iniziativa economica privata e, dall'altro, al principio di libera concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 10 febbraio 2022, n. 1006). Detto principio è, dunque, finalizzato ad evitare che un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Consiglio di Stato, sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65; Id. sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

Per giurisprudenza altrettanto costante, l'interpretazione della lex specialis di gara deve essere, dunque, 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 (Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090).

Nella gara per cui è causa è altrettanto incontestato che la stazione appaltante ha espressamente inserito nel bando la clausola di equivalenza, non essendo invero pacifico che in ipotesi di silenzio del bando possa operare l'eterointegrazione per effetto dell'art. 68 d.lgs. 50/2016 (in questo senso Consiglio di Stato sez. III, 24 febbraio 2016, n.746 *contra* Consiglio di Stato, III, 18 settembre 2019, n. 6212; Id. 27 novembre 2018, n. 6721) ragion per cui non è in discussione l'operatività del principio e la possibilità per la ricorrente di partecipare alla gara, come infatti ha fatto, invocando l'equivalenza tecnica del proprio sistema robotico offerto, salvo poi eventualmente impugnare il provvedimento di esclusione laddove l'Amministrazione violi l'art. 68 d.lgs. 50/2016.

Ai sensi dell'art. 68, comma 7, d.lgs. n. 50/2016, infatti, “quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, 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”.

5.3.- E' dunque evidente che sulla base di tale disposizione la ricorrente potrebbe comunque far valere nella fase di ammissione eventuali doglianze sulla conformità o meno della legge di gara (e della ipotetica correlata condotta dell'Amministrazione) al dato primario di riferimento dando dimostrazione della equivalenza tecnica del proprio sistema robotico rispetto a quello offerto dai competitors, a partire proprio dalla caratteristica tecnica

del sistema immersivo a 360 ° rispetto ai sistemi con schermo piatto e display 3D ad alta definizione.

Nessuna plausibile ragione è in definitiva rinvenibile nel caso di specie per affermare la necessità di una (eccezionale) tutela anticipata avverso gli atti di gara al momento della relativa indizione, ben potendo la ricorrente che ha partecipato alla gara (circostanza che di per sé elide l'asserita connotazione escludente) far valere le proprie doglianze all'esito della eventuale esclusione o mancata aggiudicazione della medesima in proprio favore.

Giova poi rilevare come l'esaminato principio di equivalenza operi oltre che al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici minimi per l'ammissione alla gara anche nell'applicazione dei criteri per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Consiglio di Stato sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3808) come condivisibilmente evidenziato anche dalla difesa di Medtronic.

6.- Alla luce delle suesposte argomentazioni il ricorso va dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore dell'Azienda USL di Bologna e di Medtronic s.p.a. in misura di 4.000,00 (quattromila/00) euro ciascuna, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO