

Publicato il 14/03/2022

N. 00161/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00606/2021 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 606 del 2021, proposto da Conmed Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mariapaola Locco e Maria Beatrice Zammit, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Beatrice Zammit, in Roma, via Alessandria 130;

contro

Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizia Viozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Paoletti S.r.l. unipersonale, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

della determina n. 1299/AV5 del 18 ottobre 2021 (All. 1), a firma del Direttore dell'Area Vasta n. 5 di ASUR Marche (di seguito "ASUR"),

trasmessa via PEC in pari data, recante l'aggiudicazione, in favore della Paoletti s.r.l. Unipersonale (di seguito "Paoletti"), del lotto unico intero, non frazionabile, della procedura negoziata svolta tramite il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione indetta dal Direttore Area Vasta 5, autorizzata con determina n. 617AV5 del 22/5/2020, per la Fornitura di "SISTEMA PER L'ASPIRAZIONE ED IL FILTRAGGIO DEI FUMI PRODOTTI DURANTE LE PROCEDURE ELETTROCHIRURGICHE OPEN E LAPAROSCOPICHE NELL'AREA VASTA 5 - ASUR MARCHE", per la durata di tre anni; nonché di tutti gli atti ad essa presupposti, successivi e conseguenti, tra cui, in particolare: (1) la nota in data 1 novembre 2021, a firma del Presidente della Commissione Giudicatrice, con cui è stata respinta l'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente il 25 ottobre 2021 ed è stata confermata l'aggiudicazione in favore della controinteressata; (2) la "Relazione Tecnica Commissione Giudicatrice" nella quale sono riportati la valutazione qualitativa e i punteggi assegnati all'offerta di Paoletti; (3) l'eventuale verbale, non richiamato nella determina di aggiudicazione né nella Relazione Tecnica della Commissione, relativo alla prova pratica che si assume essere stata eseguita sul sistema offerto da Paoletti;

e per il conseguimento dell'aggiudicazione del lotto *de quo*, previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata, dichiarando sin d'ora la disponibilità al subentro a norma degli artt. 122 e 124 del D.lgs. n. 104/2010, nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni *ex art. 30* del D.Lgs. n. 104/2010, in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente pecuniario che ci si riserva di quantificare in corso di causa o con separato giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2022 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Nel ricorso in punto di fatto si espone quanto segue.

1.1. La società ricorrente ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica, indetta dall'A.S.U.R. Marche-Area Vasta n. 5 e svolta tramite il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, finalizzata alla fornitura per un triennio di un sistema per l'aspirazione ed il filtraggio dei fumi prodotti durante le procedure elettrochirurgiche *open* e laparoscopiche compiute negli ospedali dell'Area Vasta.

La gara era da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016. Secondo l'art. 3 del disciplinare di gara, l'oggetto della fornitura è composto da beni e servizi, individuati, più specificamente, in:

- "Beni", suddivisi in "Materiale di consumo" e "Apparecchiatura in comodato d'uso gratuito";
- servizi per l'avvio lavori;
- servizi in esecuzione.

Con riferimento al "Materiale di consumo", necessario per l'utilizzo dell'apparecchiatura da offrire in comodato d'uso gratuito, lo stesso art. 3 del disciplinare elenca una serie di dispositivi e rinvia al capitolato speciale di gara per i dettagli delle relative specifiche tecniche, precisando, al successivo art. 12, che l'offerta tecnica "*...deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nei documenti di gara, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice*".

Per quanto di interesse nel presente giudizio, tra i dispositivi richiesti come “Materiale di consumo” sono espressamente previsti:

a) due differenti tipologie di “Manipoli monouso” e, più precisamente:

- “*Manipoli monouso monopolare per chirurgia open in cavità per circa 500 procedure/anno*”;

- “*Manipoli monouso per chirurgia di superficie per circa 500 procedure/anno*”.

b) “*Trappole per liquidi monouso*”, con un fabbisogno presunto di circa 1000 pezzi all’anno.

Per quanto riguarda i dispositivi sub a), la distinzione tra le due tipologie richieste viene ulteriormente dettagliata nell’art. 2 del capitolato, in cui si precisa che mentre il primo tipo di manipolo “*...deve essere dotato di cannula ed elettrodo (no stick) coassiali e telescopici estensibili...*”, il secondo “*...deve essere dotato di cannula di aspirazione telescopica estensibile fino e l’elettrodo (no stick) posizionato parallelamente (no coassiale) per facilitare le manovre di scollamento di tessuti superficiali*”.

Quanto, poi, alle “Trappole per liquidi monouso”, si tratta di dispositivi indispensabili per il corretto funzionamento del sistema di aspirazione, in quanto hanno lo scopo di proteggere il filtro principale dell’apparecchiatura (c.d. filtro ULPA) dalla contaminazione derivante dall’aspirazione improvvisa di sangue e liquidi corporei, impedendo che essi raggiungano il filtro in questione e ne compromettano l’efficacia e l’efficienza.

Con riferimento a tale dispositivo, l’art. 2 del capitolato ha cura di precisare che si tratta di “*...dispositivo per l’aspirazione accidentale di liquidi...*” e che “*...deve garantire compatibilità con la centralina di aspirazione*”.

Lo stesso art. 2 del capitolato contiene, al pari del disciplinare, un espresso richiamo al principio di equivalenza di cui all’art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016 e stabilisce che “*...il concorrente sarà libero di proporre le tecnologie e/o opere, di livello pari o superiore, che riterrà meglio rispondenti alle finalità dell’appalto, e deve altresì provare, con qualunque mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera almeno equivalente ai requisiti definiti nelle specifiche tecniche*”. A tal fine, sempre secondo la norma del capitolato, “*...si richiede adeguata certificazione e la*

stesura di dettagliata e specifica relazione dimostrante l'equivalenza da allegare all'offerta tecnica'.

1.2. Essa ricorrente Conmed Italia S.r.l. (di seguito anche "Conmed"), azienda operante nel settore dei dispositivi medicali, ha risposto alla R.D.O. dell'A.S.U.R. proponendo, con offerta presentata il 19 giugno 2020, il sistema denominato "*VisiClear*" che, come risulta dalla documentazione tecnica allegata, rappresenta un dispositivo dalla tecnologia particolarmente avanzata, in grado di catturare e filtrare efficacemente il fumo chirurgico in sala operatoria e di rimuovere odori, particolati ed altri sottoprodotti potenzialmente pericolosi. All'interno del "Materiale di consumo" di cui all'art. 3 del disciplinare, Conmed ha offerto tutti i prodotti richiesti e precisamente:

- due differenti tipologie di "Manipoli monouso", denominati, rispettivamente, "*PlumePen Ultra*" e "*PlumePen Elite*", entrambi conformi alle specifiche tecniche indicate dal capitolato;
- la "Trappola per i liquidi per aspiratore di fumi", anch'essa pienamente conforme alle specifiche tecniche di cui all'art. 2 del capitolato, in quanto progettata per essere collegata al filtro principale dell'evacuatore di fumo, denominato filtro "*ViroSafe*", e destinata a trattenere "*...fluidi e grosso particolato per ridurre la contaminazione del filtro principale, che viene usato in più procedure*".

1.3. In data 18 ottobre 2021, Conmed ha ricevuto la comunicazione della coeva determinazione n. 1299/AV5, a firma del direttore dell'A.V. n. 5, recante l'aggiudicazione della presente gara in favore della ditta Paoletti S.r.l. Dal "Documento istruttorio" riportato in calce alla determina si evince che l'offerta tecnica della controinteressata è stata ritenuta "*...conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nei documenti di gara...*" e ad essa sono stati attribuiti 51,80 punti. L'offerta tecnica di Conmed, pur avendo ottenuto il massimo punteggio previsto dal disciplinare (70 punti), si è classificata al secondo posto nella graduatoria finale in quanto Paoletti ha ottenuto il

punteggio massimo per l'offerta economica (30 punti), a fronte dei 10,20 punti assegnati a Conmed.

La fornitura è stata, quindi, aggiudicata alla controinteressata con un punteggio complessivo di 81,80 punti, mentre la ricorrente si è collocata al secondo posto della graduatoria con 80,20 punti. Al terzo posto si è classificata la ditta ECE Medical (di seguito "ECE") con complessivi 73,60 punti (46,90 per l'offerta tecnica e 26,70 per l'offerta economica).

1.4. Tuttavia dalla lettura della determina è apparso subito evidente come l'offerta economica di Paoletti - riportata in dettaglio nell'atto - non fosse comprensiva delle citate "Trappole per liquidi monouso (circa 1000/anno)", espressamente previste, come già detto, tra il "Materiale di consumo", richiesto dal disciplinare quale elemento essenziale dell'offerta. Conmed ha quindi invitato l'A.S.U.R. a verificare l'offerta tecnica ed economica di Paoletti, rappresentando che, in caso di riscontrata incompletezza, essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, trattandosi di irregolarità non sanabile ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, visto che le difformità dell'offerta tecnica rispetto alla *lex specialis*, venendo a determinare la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo e la successiva stipula del contratto, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio.

L'istanza di essa ricorrente ha ricevuto riscontro il 3 novembre successivo, attraverso la nota datata 1° novembre 2021, con cui il presidente della commissione di gara ha ritenuto non accoglibile la richiesta di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, in quanto "*...il sistema proposto dalla Società Paoletti soddisfa in maniera sostanzialmente equivalente l'esigenza clinico funzionale sottesa alla richiesta espressa nella documentazione di gara, comprovata ulteriormente dalla visione in prova in sala operatoria*".

L'atto di conferma delle valutazioni operate dalla commissione reca altresì l'inciso "*...pur nella diversa valutazione finale che ha penalizzato il sistema proposto dalla Paoletti...*", il che parrebbe riferirsi al fatto che l'organo tecnico preposto

alla valutazione delle offerte, a fronte della ritenuta equivalenza di un sistema che, tuttavia, non garantisce prestazioni identiche a quelle previste in capitolato, ha operato una penalizzazione del punteggio da assegnare alla ditta Paoletti per il relativo sub-criterio di valutazione. Senonché, non solo la “Relazione Tecnica Commissione Giudicatrice” a cui rinvia il presidente nel motivare il rigetto dell'autotutela non riporta alcun giudizio di equivalenza dell'offerta di Paoletti con specifico riferimento al prodotto mancante (ossia le “Trappole per liquidi monouso”), ma dall'esame dell'offerta medesima, di cui Conmed ha ottenuto copia a seguito di accesso agli atti, è emerso che la controinteressata - la quale non ha, in effetti, inserito tra il “Materiale di consumo” il prodotto sopra citato - non ha dichiarato espressamente l'equivalenza tra il prefiltro *Hepa* da essa proposto e la trappola per liquidi richiesta dal capitolato (in luogo della quale il prefiltro figura inserito nell'offerta dell'aggiudicataria), né ha allegato la “...*specifica relazione dimostrante l'equivalenza...*” tra i sistemi, come prescritto dall'art. 2 del capitolato.

E, peraltro, neppure la pretesa penalizzazione di punteggio per il parametro di riferimento, che pare evocata nella risposta all'istanza di autotutela, ha trovato riscontro negli atti di gara: la commissione non ha, infatti, attribuito a Paoletti un punteggio inferiore a quello assegnato a Conmed, né per la mancanza della trappola per liquidi, né per l'incompletezza dei consumabili e neppure per la minore durata del filtro (elemento su cui la mancanza della trappola per liquidi necessariamente si riverbera).

1.5. Dall'ostensione dell'offerta di Paoletti è poi emerso un ulteriore elemento di evidente difformità rispetto al capitolato.

La controinteressata ha, infatti, proposto un solo modello di “Manipoli monouso”, e precisamente quello ove la cannula aspirante è coassiale rispetto all'elettrodo, anziché entrambe le tipologie espressamente richieste dalla *lex specialis*, la quale, come si è detto, distingueva espressamente il primo tipo di manipolo dal “*secondo manipolo monopolare a pulsanti?*”, specificando che

quest'ultimo "...deve essere dotato di cannula di aspirazione telescopica estensibile fino ed l'elettrodo (no stick) posizionato parallelamente (no coassiale)...".

2. Ritenendo illegittimo il complessivo operato della stazione appaltante, Conmed impugna l'aggiudicazione e gli altri atti indicati in epigrafe, deducendo il seguente articolato motivo:

- violazione della *lex specialis* (art. 2 del capitolato e art. 12 del disciplinare). Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990. Violazione dei principi di autovincolo e di *par condicio*. Eccesso di potere per inesistenza dei presupposti e contraddittorietà.

Al riguardo la società ricorrente espone che l'offerta dell'aggiudicataria si discosta dal capitolato tecnico sotto due evidenti profili.

a) Infatti la ditta Paoletti ha, in primo luogo, formulato un'offerta non comprensiva delle "Trappole per liquidi monouso (circa 1000/anno)", espressamente previste, come già detto, tra i materiali di consumo richiesti dal disciplinare quali componenti imprescindibili dell'offerta. Si tratta dunque di un'offerta tecnica diversa rispetto a quanto richiesto dalle prescrizioni di gara. Questo, secondo consolidati principi giurisprudenziali, "... comporta l'esclusione dalla gara, trattandosi di irregolarità non sanabile ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016" (così, *ex multis*, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, n. 327/2020). Tutto questo, peraltro, è avvenuto senza che l'aggiudicataria presentasse la dichiarazione di equivalenza ai sensi dell'art. 68, comma 8, del D.Lgs. 50/2016 e senza che la commissione di gara desse conto di avere valutato positivamente tale dichiarazione. Infatti, come risulta evidente dalla relazione tecnica dell'aggiudicataria, quest'ultima si è limitata ad offrire, in luogo delle trappole per liquidi - richieste allo scopo precipuo di assicurare alla stazione appaltante "...un dispositivo per l'aspirazione accidentale di liquidi..." - il "prefiltro HEPA per sistema di aspirazione con codice 79-225-11-04", il quale, come esplicitato dalla stessa offerente, è un "...filtro aggiuntivo per il fumo evacuato prima che entri nel filtro principale...". La destinazione d'uso esplicitata nella relazione tecnica e ribadita nella scheda del materiale di che trattasi non

corrisponde a quella di trappola per liquidi richiesta nel capitolato, né è stata prodotta una dichiarazione di equivalenza, come previsto dall'art. 2 del capitolato.

Appare, pertanto, del tutto calzante al caso odierno la decisione del Consiglio di Stato n. 6841/2021, in cui il giudice amministrativo di ultima istanza, in relazione agli orientamenti interpretativi formati sul giudizio di equivalenza “in forma implicita”, ha ritenuto di dover chiarire che, sebbene possa “... *riconoscersi alla valutazione di equivalenza della stazione appaltante carattere implicito, secondo la tecnica motivazionale «per relationem», a diversa conclusione deve pervenirsi con riferimento all'oggetto della «relatio», che non può che essere espresso, al fine di evitare che la catena dei rimandi si risolva nella sostanziale elusione dell'obbligo motivazionale che assiste (tutti, sebbene in diversa misura a seconda della tipologia e degli effetti) i provvedimenti amministrativi?»*. Questi principi sono stati affermati sia per assicurare all'attività provvedimentale della P.A. un livello minimo di “visibilità”, sia per evitare, da un lato, che il privato risulti pregiudicato da manifestazioni autoritative “occulte”, dall'altro lato, di incorrere nel divieto posto al giudice amministrativo (dall'art. 34, comma 2, c.p.a.) di esercitare il suo sindacato con riferimento a “...*poteri amministrativi non ancora esercitati?»*.”

Il precedente è atagliabile perfettamente al caso odierno, in quanto anche in quella gara era il capitolato a prevedere che “...*l'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Capitolato tecnico e nella documentazione di gara, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice dei contratti pubblici, principio che dovrà essere debitamente documentato dal partecipante in fase di gara...*”. E anche nel caso della presente gara la *lex specialis*, da un lato precisava che l'offerta tecnica “...*deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nei documenti di gara, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice*” (art. 12 del disciplinare), dall'altro lato richiedeva per l'operatività del principio di equivalenza, “...*adeguata certificazione e la stesura di dettagliata e specifica relazione dimostrante l'equivalenza da allegare all'offerta tecnica*” (art. 2 del capitolato).

“Ne discende”, anche nel caso all’odierno esame del T.A.R., “che la documentazione tecnica presentata dal concorrente con riferimento ad una offerta priva dei requisiti di conformità alle specifiche tecniche previste dalla lex specialis, per poter fungere da oggetto della “relatio” eventualmente contenuta nel provvedimento di ammissione della medesima offerta alla gara, deve quantomeno indicare:

- il requisito tecnico carente;

- il requisito tecnico posseduto atto a soddisfare “per equivalente” l’esigenza funzionale cui il primo era preordinato;

- le ragioni tecniche per le quali il prodotto offerto (nel caso di appalto di fornitura) debba ritenersi equivalente, da un punto di vista funzionale, a quello richiesto dalla stazione appaltante...” e che “...La documentazione tecnica prodotta dalla controinteressata (nella specie, con particolare riguardo alla relazione e alla scheda tecnica del prefiltro Hepa proposto in sostituzione della trappola per liquidi) non rispecchia lo schema illustrato, essendo manchevole delle indicazioni innanzi precisate”.

Ugualmente trasportabili alla odierna vicenda contenziosa sono anche le ulteriori considerazioni espresse dal Consiglio di Stato, laddove si evidenzia che *“...nella specie non è solo a discutersi di una insufficiente (o, per meglio dire, assente del tutto) appendice motivazionale del giudizio di equivalenza, ma della stessa inconfigurabilità – se non del tutto ipotetica, ciò che è diverso dal suo semplice essere implicito – di quest’ultimo, non potendo ritenersi sotteso alla affermazione, risultante dai verbali di gara, secondo cui «la commissione giudicatrice ha constatato (...) la presenza della documentazione e dei requisiti di idoneità richiesti nonché degli elementi necessari alla valutazione di qualità» (formula che allude ad una verifica “diretta”, e non “per equivalente”, dei requisiti tecnici di ammissione)”.*

Infatti, anche nel caso di specie manca in radice il giudizio di equivalenza, tanto è vero che dal “Documento istruttorio” riportato in calce alla determina di aggiudicazione si evince che l’offerta tecnica della controinteressata è stata ritenuta *“...conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nei documenti di gara...”*, il che lascia intendere che la verifica sui requisiti tecnici sia stata diretta e non per equivalente. Né alcun cenno alla verifica per equivalenza dei

requisiti tecnici di ammissione per l'offerta della ditta Paoletti è contenuto nella relazione di valutazione tecnica. In quest'ultima, l'equivalenza è, invece, esplicitamente citata ed è affermata per il concorrente Striker, poi escluso dalla gara per altra ragione, ossia per non aver raggiunto la soglia minima di sbarramento relativamente al punteggio tecnico. Infatti per questo concorrente, che ha proposto una macchina dedicata alla sola chirurgia *open*, quindi non rispondente alle caratteristiche di minima del capitolato, la commissione ha operato secondo le indicazioni della *lex specialis* (e della giurisprudenza) ed ha richiamato la dichiarazione del concorrente, esprimendosi in termini espliciti sulla (non) equivalenza della sua offerta.

Questo conferma come la commissione avesse ben chiaro a quali regole fosse subordinata l'operatività dell'equivalenza e le abbia correttamente applicate quando ne ha avuto occasione e necessità.

Tuttavia ciò non è avvenuto nel caso dell'offerta Paoletti con riguardo specifico al prefiltro *Hepa*, laddove il concorrente non ha dichiarato (né tanto meno comprovato) l'equivalenza al prodotto mancante (trappole per liquidi) e la commissione non ha dunque potuto svolgere alcuna valutazione al riguardo.

Tutto questo avvalorava la conclusione che nel caso di specie l'aggiudicazione sia intervenuta in assenza di una dichiarazione di equivalenza ai sensi dell'art. 68, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 e in assenza di una valutazione, da parte della commissione di gara, della sussistenza dell'equivalenza medesima, di cui infatti non vi è traccia nei documenti di gara. E a tutto ciò non può ovviamente sopperire la risposta fornita dal presidente della commissione in sede di autotutela, visto che essa non può rimediare al difetto motivazionale (non essendo ammessa la motivazione postuma) e, soprattutto, non può sostituire o integrare un atto radicalmente mancante.

Inoltre, la eventuale prova in sala operatoria a cui si accenna nella nota del 1° novembre 2021, in quanto segmento della fase istruttoria della procedura di evidenza pubblica, avrebbe dovuto essere adeguatamente verbalizzata, in

ossequio al principio di trasparenza che deve informare l'azione della P.A. L'assenza di qualsivoglia traccia, nei documenti di gara, di una verbalizzazione circa tempi, modalità, luoghi e presenze in ordine alle prove sul campo, mina, in radice, l'attendibilità dei giudizi espressi dalla commissione (di cui vengono riportate solo le risultanze), compromettendo irreversibilmente la trasparenza dell'azione valutativa svolta dall'organo di gara (*in terminis*, Consiglio di Stato, n. 5746/2020).

Sotto un profilo sostanziale, poi, rileva il fatto che il prefiltro *Hepa* proposto dalla ditta Paoletti, in base a ciò che risulta dalla stessa documentazione tecnica presentata in gara dall'aggiudicataria, è destinato ad un impiego ("*filtro aggiuntivo per il fumo evacuato prima che entri nel filtro principale*") niente affatto idoneo a soddisfare l'esigenza di aspirazione accidentale delle sostanze liquide cui sono specificamente preordinate le trappole per liquidi. Infatti, questa richiesta del capitolato risponde ad una effettiva esigenza, supportata da un dato pratico: posto che i sistemi di aspirazione e filtraggio oggetto di fornitura si applicano in diverse tipologie di interventi, talune delle quali particolarmente cruento, in cui la produzione di liquidi è massiccia (si pensi agli interventi ortopedici), la mancanza della trappola per liquidi (peraltro, nella formula monouso), destinata a catturare e a convogliare separatamente i fluidi, comporterebbe che, nel caso di improvvisa aspirazione di sangue e liquidi/fluidi corporei, il solo prefiltro non riuscirebbe ad impedire che essi raggiungano il filtro principale della macchina, con conseguente necessità di una sua più frequente sostituzione. Per cui, al fine di evitare l'incremento del fabbisogno dei ben più costosi filtri ULPA, l'A.V. n. 5 ha correttamente previsto la fornitura di trappole per liquidi, peraltro nella specifica formula monouso, stimandone il fabbisogno in 1000 pezzi all'anno (al fine di comprovare la funzione essenziale svolta dalle trappole per liquidi Conmed ha allegato al ricorso due dichiarazioni di altrettanti chirurghi in servizio presso ospedali pubblici italiani).

In via subordinata, non risponde nemmeno al vero che la commissione di gara abbia penalizzato la ditta Paoletti in ragione della mancata fornitura delle trappole per liquidi. Infatti, e premesso che la stessa commissione, con riguardo al concorrente ECE, ha espressamente riconosciuto l'importanza del componente per cui è causa in relazione alla durata del filtro ULPA (tanto è vero che ECE è stata penalizzata nel punteggio per avere offerto una tipologia di trappola per liquidi non monouso, ritenuta dalla commissione "... poco pratica ed antieconomica. Infatti, non essendo monouso in caso di aspirazione di liquidi si richiederebbe la sostituzione sia delle trappole che del filtro pluriuso con evidente spreco di materiale"), nel caso della ditta Paoletti la commissione ha incomprensibilmente adottato un diverso metro di giudizio, non rilevando che la durata del filtro ULPA viene ancora più ridotta nel caso in cui le trappole per liquidi non siano proprio previste (si tratterebbe, cioè, di un inconveniente ancora più serio di quello provocato da trappole non monouso).

Infatti, come si evince dalla tabella dei punteggi contenuta nella relazione tecnica della commissione, Paoletti non ha subito - come sarebbe stato logico attendersi, peraltro a maggior ragione alla luce della risposta fornita in sede di autotutela - alcuna penalizzazione su tale voce, avendo anzi ottenuto l'identico punteggio di Conmed (1 punto) in relazione alla durata massima del filtro, su cui senz'altro l'assenza di trappole per liquidi si riverbera. Se la controinteressata avesse ottenuto, in relazione al citato sub-criterio "*durata massima del filtro*", la stessa penalizzazione di punteggio attribuita a ECE (coefficiente 0,5), essa avrebbe conseguito 2,5 punti in luogo dei 5 assegnati, e quindi il suo punteggio tecnico totale sarebbe stato pari a 48 e non a 50,5. A seguito di riparametrazione, tale punteggio risulterebbe di 49,411 che, sommato al punteggio per l'offerta prezzo, porterebbe la controinteressata a complessivi punti 79,41, collocandosi al secondo posto in graduatoria, preceduta da Conmed;

b) l'offerta della controinteressata è difforme dalle specifiche di minima del capitolato anche sotto un secondo e autonomo profilo, ossia con riguardo alla

fornitura di “Manipoli monouso”, i quali, secondo la *lex specialis*, avrebbero dovuto essere di due tipi: i) “*Manipoli monouso monopolare per chirurgia open in cavità per circa 500 procedure/anno*”; ii) “*Manipoli monouso per chirurgia di superficie per circa 500 procedure/anno*”.

La distinzione tra i due dispositivi risulta ulteriormente dettagliata nell’art. 2 del capitolato, in cui si precisa che, mentre il manipolo sub (i) “...*deve essere dotato di cannula ed elettrodo (no stick) coassiali e telescopici estensibili...*”, quello sub (ii) “...*deve essere dotato di cannula di aspirazione telescopica estensibile fino e l’elettrodo (no stick) posizionato parallelamente (no coassiale) per facilitare le manovre di scollamento di tessuti superficiali...*”.

L’aggiudicataria ha proposto per le due voci il medesimo prodotto, contraddistinto dal codice 80-701-20-04: si tratta di manipolo dove la cannula aspirante è coassiale rispetto all’elettrodo, come si evince chiaramente dall’immagine proposta nella relazione tecnica e nella scheda tecnica. In tal modo la ditta Paoletti ha evidentemente formulato un’offerta che, *in parte qua*, non risponde alla caratteristica richiesta per la seconda tipologia di manipoli, per i quali era espressamente prescritto che non fossero coassiali, al fine di facilitare le manovre di scollamento dei tessuti superficiali: si ricade dunque nell’ipotesi di offerta di un *aliud pro alio*, il che, alla luce di un orientamento giurisprudenziale univoco, determina l’esclusione del concorrente, anche laddove ciò non sia espressamente previsto dalla legge di gara.

Né si potrebbe pervenire ad altri esiti richiamandosi al principio di equivalenza, in quanto l’individuazione all’interno del “Materiale di consumo” di due tipologie di “Manipoli monouso” ben distinte tra loro e connotate, ciascuna, da specifici elementi identificativi, costituiva per la stazione appaltante e per la commissione di gara un autovincolo a cui era obbligatorio attenersi al fine di non alterare la regolarità della procedura.

Alla luce di tali censure, Conmed chiede dunque:

- l’annullamento dell’aggiudicazione, con conseguente esclusione dell’offerta della ditta Paoletti e aggiudicazione della gara in suo favore;

- la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata;
- in via principale, l'accoglimento della domanda di subentro (che viene formalmente proposta);
- in via subordinata, e ove non fosse praticabile la reintegrazione in forma specifica, la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

3. Si è costituita l'A.S.U.R. Marche, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 387/2021 il Tribunale, preso atto dell'avvenuta stipula del contratto nelle more della celebrazione della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, ha fissato per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 9 marzo 2022, inibendo però l'avvio dell'esecuzione dell'appalto.

DIRITTO

4. Il ricorso è fondato e va pertanto accolto, per le seguenti ragioni.

4.1. Da un punto di vista oggettivo non vi è alcun dubbio circa il fatto che la controinteressata Paoletti S.r.l. non abbia rispettato le specifiche tecniche minime previste nel capitolato tecnico, non avendo previsto né la fornitura delle trappole per liquidi monouso, né di una delle due tipologie di manipoli monouso da collegare all'apparecchiatura principale oggetto della fornitura (ed in particolare, come emerge dal doc. allegato n. 8 al ricorso, pag. 6, del manipolo “...dotato di cannula di aspirazione telescopica estensibile fino ed l'elettrodo (no stick) posizionato parallelamente (no coassiale)...”). E, del resto, le stesse difese dell'A.S.U.R., tutte incentrate sull'applicazione del principio di equivalenza, confermano tale dato oggettivo.

Occorre dunque verificare se nella specie tale principio potesse trovare applicazione, seppure, come meglio si dirà *infra*, anche in caso di risposta affermativa al quesito, resterebbe la questione della mancata fornitura di una delle due tipologie di manipoli monouso, la quale non può essere traguardata attraverso il principio di equivalenza.

4.2. Tornando comunque alla questione dell'equivalenza, il Collegio osserva che:

- come spesso accade, un principio sorto nell'ordinamento comunitario per una determinata finalità, nell'ordinamento nazionale ha finito per essere in qualche modo piegato ad altri scopi. Va infatti evidenziato che il principio di equivalenza nasce per evitare i c.d. bandi fotografia, ossia la prassi di "cucire su misura" i requisiti tecnici dei materiali oggetto delle pubbliche forniture solo per un determinato prodotto, fabbricato da un determinato produttore;
- ma se è così, ne consegue che il principio di equivalenza opera solo se gli altri operatori del mercato di riferimento riescono a dimostrare che il materiale avente le caratteristiche indicate nel capitolato è prodotto da un solo fabbricante. Al contrario, e salvo che non sussistano elementi oggettivi che denotino uno sviamento di potere, il principio non opera laddove la stazione appaltante, per finalità verificabili oggettivamente, abbia richiesto una specifica tecnica particolare, tale per cui alla gara possono partecipare solo alcuni operatori del mercato di riferimento (il cui numero assicuri però una effettiva concorrenza). Per fare un esempio di agevole comprensione, si pensi ad un bando per la fornitura di automezzi per le forze armate, in cui sia previsto che gli automezzi in parola debbano avere solo la motorizzazione diesel. Questa limitazione, che risponde all'evidente fine dell'amministrazione militare di economizzare i consumi di carburante, è legittima (e non può quindi operare il principio di equivalenza, ossia l'ammissione alla gara anche di concorrenti che propongono mezzi a benzina), visto che sul mercato esistono numerosi produttori di automezzi diesel, di talché è assicurata una concorrenza effettiva. Va poi ricordato che vi sono anche una serie di altre fattispecie in cui è consentito alla stazione appaltante richiedere la fornitura di prodotti specifici, ad esempio quando si tratta di implementare sistemi già installati oppure quando esistono solo determinati materiali che possono "dialogare" con quelli già in uso presso la stazione appaltante;

- nella prassi si osserva invece che il principio di equivalenza molto spesso viene strumentalizzato al fine di giustificare la fornitura di *aliud pro alio*, richiamando in maniera inconferente i principi di concorrenza e di massima partecipazione;

- vi è poi un profilo ulteriore da considerare, ossia il modo in cui il principio va applicato effettivamente nella realtà operativa. Tale profilo è in effetti preso in considerazione dall'art. 68, commi 6 e 7, del D.Lgs. n. 50/2016, laddove si fa riferimento alla necessità che l'operatore economico che intende proporre un prodotto equivalente sia tenuto a dimostrare “...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”. Come si può vedere, dunque, l'art. 68 addossa al concorrente che intende proporre un materiale equivalente l'onere di comprovare l'equivalenza, il che si spiega agevolmente richiamando per analogia il principio processuale della c.d. vicinanza della prova. Infatti, solo il fabbricante del prodotto è in grado di attestarne l'equivalenza rispetto a quelli aventi le caratteristiche indicate nella *lex specialis*, visto che egli conosce perfettamente sia le caratteristiche tecniche del proprio prodotto sia le ragioni per le quali il prodotto è stato progettato con quelle determinate caratteristiche. Alla stazione appaltante è invece rimesso il compito di verificare, nei limiti delle sue possibilità, se l'equivalenza esiste effettivamente oppure no (senza dimenticare che, in alcuni casi, l'equivalenza potrebbe essere anche parziale e quindi non soddisfare in pieno le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice).

4.3. Trasportando tali principi al caso di specie, il Tribunale rileva che:

- sia il disciplinare di gara (art. 3), sia il capitolato speciale (art. 1), come detto, prescrivevano che fra i materiali di consumo oggetto di fornitura fossero comprese anche le trappole per liquidi monouso;

- in relazione al principio di equivalenza, l'art. 2 del capitolato speciale stabiliva che “*Allo scopo di evitare la circostanza secondo cui le indicazioni riguardanti le caratteristiche tecniche dei sistemi richiesti possano ricondursi alla individuazione di una*

linea produttiva determinata, si intende esplicitamente apposta, ai sensi dell'articolo 68 del D.Lgs. n. 50/2016 e sue successive modifiche ed integrazioni, la clausola "o equivalente". Pertanto il Concorrente sarà libero di proporre le tecnologie e/o opere, di livello pari o superiore, che riterrà meglio rispondenti alle finalità dell'appalto, e deve altresì provare, con qualunque mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera almeno equivalente ai requisiti definiti nelle specifiche tecniche. A tal proposito si richiede adeguata certificazione e la stesura di dettagliata e specifica relazione dimostrante l'equivalenza da allegare all'offerta tecnica”;

- dagli atti di causa non risulta che la ditta Paoletti abbia prodotto la relazione tecnica idonea a comprovare l'equivalenza fra il prefiltro *Hepa* e la trappola per liquidi, essendosi limitata ad indicare quali sono le caratteristiche del prefiltro. In questo la ditta Paoletti è probabilmente incorsa nell'equivoco di cui si diceva in precedenza parlando della progressiva “banalizzazione” del principio di equivalenza, ritenendo sufficiente offrire un prodotto diverso che risponde “più o meno” alle medesime finalità di quello richiesto dalla stazione appaltante e ritenendo altresì che spettasse alla commissione di gara ricavare l'equivalenza dalla scheda del materiale;

- dalla relazione a firma del presidente della commissione emerge che sarebbero state effettuate delle prove di funzionamento delle apparecchiature proposte dai concorrenti, ma, in disparte l'assenza della relazione tecnica della ditta Paoletti (senza la quale la commissione non era tenuta nemmeno ad approfondire la questione dell'equivalenza), di tali prove non è stata redatta alcuna verbalizzazione, il che impedisce sia alla società ricorrente sia al giudice di verificare come sono state eseguite le prove e quale ne è stato l'esito.

4.4. Già questo è sufficiente per stabilire che, *in parte qua*, l'operato della commissione di gara e quindi della stazione appaltante è illegittimo, atteso che:

- la ditta che è poi risultata aggiudicataria non ha osservato una prescrizione della *lex specialis* finalizzata, come si dirà subito appresso, ad evitare che il

giudizio di equivalenza sia interamente rimesso, in maniera non trasparente, alla commissione di gara;

- infatti, come ha correttamente rilevato la società ricorrente, trovano applicazione nella specie i principi affermati dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 6841/2021, ossia che, seppure si voglia ammettere che il giudizio di equivalenza possa essere espresso dalle commissione di gara in modo implicito e *per relationem* alle dichiarazioni rese dai concorrenti, è però necessario che tali dichiarazioni siano state rese in sede di gara (ma, aggiunge il Collegio, non a seguito di soccorso istruttorio, visto che l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 inibisce l'attivazione del soccorso istruttorio in relazione a manchevolezze dell'offerta tecnica e di quella economica) e contengano determinati elementi minimi (indicati nella sentenza n. 6841/2021), dovendosi evitare che “...*la catena dei rimandi si risolva nella sostanziale elusione dell'obbligo motivazionale che assiste (tutti, sebbene in diversa misura a seconda della tipologia e degli effetti) i provvedimenti amministrativi...*”.

4.5. Nella specie, peraltro, neanche nel merito il giudizio di equivalenza, ammesso che sia stato formulato per implicito, appare corretto (va al riguardo precisato che, poiché questo profilo non è comunque dirimente ai fini della presente decisione, il Tribunale non ritiene di doverlo approfondire a mezzo di consulenza tecnica). Esiste infatti una netta differenza fra un meccanismo finalizzato a catturare i fumi e uno finalizzato a catturare i liquidi, il che dipende naturalmente dalla diversa consistenza fisica dei liquidi e dei gas. Come emerge dalla scheda tecnica prodotta dalla ditta Paoletti (doc. allegato n. 9 al ricorso), il prefiltro è preordinato alla cattura dei fumi e dunque non risponde alle medesime finalità della trappola per liquidi. Valgono inoltre le altre considerazioni tecniche esposte da Conmed nella memoria difensiva depositata in data 13 dicembre 2021.

4.6. Con riguardo, invece, ai manipoli, la questione è molto più semplice, non essendovi alcun dubbio sul fatto che il capitolato tecnico prevedeva due tipologie di apparecchiature, mentre la ditta Paoletti ne ha proposto uno solo,

e anche in questo caso senza allegare una relazione tecnica che eventualmente comprovasse l'equivalenza.

A tal riguardo, peraltro, stante il tenore delle allegazioni tecniche della difesa dell'A.S.U.R. (pagg. 10 e 11 della memoria di costituzione), non si potrebbe nemmeno parlare correttamente di equivalenza, perché *in parte qua* ci si trova al limite di fronte ad un "ripensamento" della stazione appaltante, la quale, mentre nella *lex specialis* ha richiesto due determinate tipologie di manipoli (per le quali, come ha allegato senza essere smentita la ditta ricorrente, esistono sul mercato vari produttori), a posteriori ritiene che in realtà sarebbe sufficiente il solo manipolo proposto dalla ditta Paoletti. Infatti nelle proprie difese l'A.S.U.R. non afferma (né del resto lo potrebbe) che il manipolo in cui cannula e elettrodo sono coassiali è equivalente al manipolo in cui cannula ed elettrodo sono paralleli, bensì che "...Il dispositivo "manipolo monouso per chirurgia di superficie" rilascia sulla superficie del corpo una intensità di corrente, al fine di effettuare le attività di taglio/coagulo/dissezione/scollamento dei tessuti. In tale operazione vengono rilasciati dei fumi che devono essere aspirati ed evacuati. Tale fumo si origina, quindi, in prossimità dell'elettrodo, ed il campo operatorio in prossimità dell'elettrodo potrebbe, potenzialmente, risultare meno nitido. Invece, mentre in assenza di flussi d'aria il fumo tende a dirigersi verso l'alto, all'interno del campo operatorio si è in presenza di forti flussi laminari, dall'alto verso il basso, che appiattiscono il fumo prodotto e lo disperdono lateralmente.

Nel Capitolato di gara le caratteristiche tecniche richieste sono state espresse nell'articolo 2: "manipolo monopolare a pulsanti, dotato di cannula di aspirazione telescopica estensibile fino ed l'elettrodo (no stick) posizionato parallelamente (no coassiale) per facilitare le manovre di scollamento di tessuti superficiali [...]".

Effettivamente in tali specifiche risultano presenti dei refusi/imprecisioni; la Commissione giudicatrice ha interpretato in senso estensivo tali specifiche nel rispetto dei principi di massima partecipazione, non discriminazione e parità di trattamento.

In realtà la caratteristica, se interpretata secondo quanto asserisce la ricorrente, ossia come parallelismo non coassiale tra elettrodo e cannula estensibile, identificherebbe un unico

prodotto, contro il principio del favor participationis, senza il configurarsi di una reale infungibilità tecnica.

Invero la cannula estraibile nel prodotto offerto dalla ricorrente è posizionata superiormente all'elettrodo, mentre una buona percentuale del fumo è spostata lateralmente, rispetto all'elettrodo, dal flusso d'aria laminare; in questa zona, invece, avviene maggior captazione da parte dei prodotti offerti dagli altri concorrenti e per i quali è sufficiente arretrare la cannula di qualche mm per avere la medesima visibilità dell'elettrodo ...”.

Ma se queste considerazioni tecniche sono vere, allora si è al di fuori del principio di equivalenza, perché in questo caso viene in rilievo una modifica *ex post* della legge di gara, di cui non è stata peraltro dimostrata la neutralità rispetto all'esito finale (e anche ammesso che ciò sarebbe stato sufficiente a preservare dall'annullamento gli atti impugnati da Conmed).

E pure in questo caso valgono le altre argomentazioni di ordine tecnico esposte dalla ricorrente nella memoria del 13 dicembre 2021.

4.7. Quanto agli altri argomenti difensivi esposti dall'A.S.U.R., il Collegio osserva che:

- nel caso di specie non vengono in rilievo, se non indirettamente e in relazione ad un argomento che la società ricorrente ha introdotto solo *ad colorandum*, questioni inerenti la sindacabilità delle valutazioni discrezionali della commissione di gara. Infatti Conmed si è soffermata sui punteggi assegnati relativamente al sub-criterio di valutazione “*Durata massima del filtro ULPA in ore*” al solo fine di comprovare ulteriormente l'illegittimità dell'operato della commissione, la quale avrebbe affermato *ex post* di aver tenuto conto della non perfetta rispondenza del sistema di protezione del filtro proposto da Paoletti alle prescrizioni del capitolato, anche se poi dal verbale di gara non risulta alcuna penalizzazione del punteggio assegnato alla controinteressata (e la censura viene rafforzata menzionando invece le valutazioni riservate ad un altro concorrente);

- è certamente vero che i materiali di consumo di cui si discute non erano gli unici che potevano essere proposti dai concorrenti e che questi ultimi avevano

la facoltà di proporre prodotti equivalenti, ma ciò doveva avvenire secondo le modalità probatorie descritte *supra* (ma per i manipoli, come detto, il problema era comunque diverso);

- non si comprende la ragione per la quale Conmed avrebbe dovuto impugnare tempestivamente le clausole del capitolato che vengono in rilievo nel presente giudizio, atteso che la ricorrente ha proposto materiali che rispondono perfettamente alle specifiche tecniche indicate nella legge di gara;

- il fatto che, con riguardo alla descrizione dei manipoli, il capitolato tecnico contenga un evidente refuso (laddove si dice testualmente che il manipolo del secondo tipo deve essere “...dotato di cannula di aspirazione telescopica estensibile fino ed l'elettrodo...”) è del tutto irrilevante ai fini che qui interessano, non essendo dubbio che nel prosieguo della frase si parla di manipolo in cui cannula ed elettrodo non debbono essere coassiali;

- quanto al *favor participationis*, la ricorrente, nella memoria depositata in data 13 dicembre 2021, ha indicato altre due ditte che producono entrambe le tipologie di manipoli richiesti dall'A.S.U.R., per cui non risponde al vero che il capitolato della presente gara identificava il prodotto di un solo specifico fabbricante. In ogni caso, come si è detto, l'eventuale ripensamento della stazione appaltante circa le specifiche tecniche da indicare nel capitolato avrebbe potuto legittimamente avvenire solo mediante la rinnovazione della gara e non modificando in corsa le caratteristiche dei manipoli oggetto di fornitura.

5. In ragione di quanto precede, il ricorso va accolto, con conseguente:

- annullamento dei provvedimenti impugnati e (fatti salvi gli esiti delle verifiche di rito che la stazione appaltante dovrà compiere a carico di Conmed) conseguente aggiudicazione della procedura in favore della ricorrente;

- declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la ditta Paoletti (ma non eseguito, stante l'inibitoria disposta con l'ordinanza cautelare n. 387/2021);

- accoglimento della domanda di subentro proposta dalla ricorrente (sempre subordinatamente all'esito favorevole delle verifiche di rito propedeutiche alla stipula del contratto);
- assorbimento della domanda di risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Le spese seguono la soccombenza nei riguardi della stazione appaltante (liquidazione in dispositivo), mentre vanno compensate nei riguardi della controinteressata non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione;
- condanna l'A.S.U.R. Marche al pagamento in favore della società ricorrente delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 2.000,00, oltre accessori di legge. Spese compensate nei riguardi della controinteressata.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitano

IL PRESIDENTE
Gianluca Morri

IL SEGRETARIO

