



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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 19 del 2024, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

Storz Medical Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in
relazione alla procedura CIG 9437853AAB, rappresentato e difeso dall'avvocato
Riccardo Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Napoli,
domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

Alliance Medical Technologies S.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Papi Rossi, Francesco
Vecchione, Nicola Ferrante, Maria Gabriella Marrone, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco
Vecchione in Napoli, via Carducci 61;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale seduta di gara della commissione giudicatrice n. 3 del 4 luglio 2023 relativo alla “*Gara 4894 - Fornitura, chiavi in mano, di litotritore extracorporeo*” (CIG 9437853AAB) indetta dall’Azienda Ospedaliera Universitaria “*Federico II*”, nella parte in cui è stata disposta l’esclusione di Storz Medical Italia s.r.l. dalla suddetta procedura, nonché degli ulteriori verbali della commissione giudicatrice (verbali n. 1 del 28.03.2023, n. 2 del 5.5.2023, n. 4 del 27.10.2023 e n. 5 del 23.11.2023);

- nonché, per quanto occorrer possa, di ogni altro atto ad esso presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché sconosciuto alla società ricorrente e, in via subordinata, della disciplina di gara (bando, disciplinare e altra documentazione di gara) nelle parti di cui in esposizione.

- della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Ospedaliera Universitaria “*Federico II*” n. 1425 del 19 dicembre 2023 con la quale la “*Gara 4894 - Fornitura, chiavi in mano, di litotritore extracorporeo*” (CIG 9437853AAB) è stata aggiudicata alla società Alliance Medical Technologies, pubblicato sulla piattaforma telematica SIAPS in data 29 dicembre 2023;

- nonché, per quanto occorrer possa, di ogni altro atto ad essa presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché sconosciuto alla società ricorrente, ivi inclusa la proposta di aggiudicazione.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Storz Medical Italia S.r.l. il 24/2/2024:

e per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

(con i primi motivi aggiunti e con i presenti secondi motivi aggiunti)

- della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Ospedaliera Universitaria

“*Federico II*” n. 1425 del 19 dicembre 2023 con la quale la “*Gara 4894 - Fornitura, chiavi in mano, di litotritore extracorporeo*” (CIG 9437853AAB) è stata aggiudicata alla società Alliance Medical Technologies (doc. 10), pubblicato sulla piattaforma telematica SIAPS in data 29 dicembre 2023 (doc. 11);

- nonché, per quanto occorrer possa, di ogni altro atto ad essa presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché sconosciuto alla società ricorrente, ivi inclusa la proposta di aggiudicazione.

- in via subordinata, della disciplina di gara, qualora interpretata nel senso indicato nelle parti di cui in esposizione;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II e di Alliance Medical Technologies S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2024 la dott.ssa Mariagiovanna Amorizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria “*Federico II*” con bando pubblicato sulla GUUE in data 7 ottobre 2022, avente ad oggetto la fornitura, chiavi in mano, di un litotritore extracorporeo, per le esigenze assistenziali dell'UOC di Urologia, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, con importo presunto dell'appalto pari a Euro 400.000,00.

Nella seduta del 4 luglio 2023, la commissione ha disposto l'esclusione della ricorrente per le seguenti ragioni:

- Assenza nel prodotto offerto della specifica tecnica minima richiesta dall'art. 3 del disciplinare di gara, relativa alla “*postazione remota*” che, “*deve offrire la*

possibilità di eseguire il posizionamento automatico sul calcolo sia dall'immagine ecografica, sia da quella radiologica”;

- La mancata specificazione del canone manutentivo annuo post garanzia, per assistenza tecnica *full-risk*, non superiore al 7% del valore della fornitura.

Con il ricorso introduttivo, la ricorrente ha impugnato il suddetto verbale deducendo i seguenti motivi:

1. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, illogicità e contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (artt. 3 e 16) e del chiarimento fornito dalla Stazione Appaltante. Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016.

La commissione non ha tenuto conto dell'ultimo chiarimento fornito dalla s.a. con cui si elimina il riferimento all'automaticità del puntamento.

Come risulta dalla motivazione riportata nel verbale n. 3, la commissione giudicatrice ha espressamente posto alla base della propria valutazione i chiarimenti della Stazione Appaltante nn. 3.3. e 4.3. (doc. 6, corrispondenti alle risposte PI100875-22 e PI100872-22 nel doc. 5), con i quali quest'ultima aveva indicato che la predetta specifica tecnica richiedeva *“un sistema automatico computerizzato di puntamento, in grado di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento”*. La Commissione ha omesso di considerare che, dopo aver reso i due predetti chiarimenti, a fronte di un ulteriore quesito pervenuto da un soggetto interessato, aveva reso un terzo chiarimento con il quale aveva precisato che la specifica tecnica in esame doveva essere intesa nel senso che *“la postazione remota deve avere comandi atti a correggere il puntamento, al fine di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento”* e che, dunque, era considerato idoneo anche un sistema di puntamento non automatico che fosse comunque in grado di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento.

1.2. In via subordinata, deduce la violazione del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016. Ed infatti, posto che – come chiarito dalla stessa

Stazione Appaltante – la finalità della specifica tecnica in esame era quella di avere a disposizione uno strumento in grado di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento, lo strumento di Storz, attraverso una diversa soluzione, assicurerebbe tale finalità al pari del puntamento automatico.

2. Violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016 nonché del principio del legittimo affidamento.

In via subordinata, la ricorrente chiede l'annullamento degli atti della procedura ai fini della riedizione della gara, atteso che Storz ha presentato la propria offerta basandosi su un chiarimento reso dalla Stazione Appaltante che non potrebbe essere disapplicato dalla commissione giudicatrice, in violazione del principio del legittimo affidamento, di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento.

3. Violazione e falsa applicazione dei principi di libera concorrenza, massima partecipazione alle gare pubbliche, non discriminazione, trasparenza sanciti dagli artt. 4 e 30 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di proporzionalità e ragionevolezza.

In via di ulteriore subordine, evidenzia che, qualora interpretata nel senso di precludere la partecipazione alla procedura di una offerta quale quella presentata da Storz, la disciplina di gara sarebbe illegittima discriminatoria, consentendo la partecipazione solo all'impresa Alliance, unica impresa rimasta in gara e in possesso del requisito in questione.

4. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, illogicità e contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (artt. 3, 16 e 17). La ricorrente afferma che anche il secondo motivo di esclusione sarebbe illegittimo, poiché fondato sull'errato presupposto che le offerenti avrebbe dovuto indicare nell'offerta tecnica il valore economico offerto per il canone manutentivo post-garanzia, mentre l'art. 16 del disciplinare di gara specifica che la relazione tecnica deve *“essere priva, a*

pena di esclusione, di qualsiasi indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico”.

Si è costituita la controinteressata contestando nel merito le avverse censure.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la deliberazione del Direttore Generale della Azienda Ospedaliera Universitaria “*Federico II*” n. 1425 del 19 dicembre 2023 con la quale la gara è stata aggiudicata alla società Alliance Medical Technologies, pubblicato sulla piattaforma telematica SIAPS in data 29 dicembre 2023.

Le censure dedotte sono integralmente sovrapponibili a del ricorso introduttivo, evidenziando altrettanti vizi di illegittimità derivata.

Con ordinanza del 25 gennaio 2024, n. 208/2024 la domanda cautelare è stata respinta.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha formulato altri motivi di censura avverso il provvedimento di aggiudicazione dopo aver ottenuto l’accesso integrale agli atti di gara, in data 22 gennaio 2024.

Il gravame è affidato alle seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (artt. 16 e 17). Violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica. Eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria, contraddittorietà.

Il disciplinare di gara prescrive, a pena di esclusione, da un lato, che l’offerta tecnica dovesse “(...) *essere priva, a pena di esclusione, di qualsiasi indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico*” (cfr. art. 16) e, dall’altro lato, richiedeva di indicare il valore del canone relativo all’assistenza tecnica post garanzia nell’offerta economica (cfr. art. 17). Alliance Medical ha indicato il valore del canone manutentivo nella propria offerta tecnica. Per tale ragione Allianz avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

2. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (artt. 16 e 19) sotto altro profilo. Violazione e falsa applicazione dell’art. 59 comma 3 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria,

contraddittorietà.

Allianz Medical non ha prodotto in gara copia conforme delle certificazioni ISO 14001 e ISO 45001, richieste dall'art. 16 del disciplinare di gara. L'art. 19 prevede tra i casi di esclusione la presentazione di offerte parziali, plurime, condizionate, alternative nonché irregolari, ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a), del Codice, in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche.

Le parti hanno scambiato scritti difensivi in vista dell'udienza pubblica, tenutasi in data 4 aprile 2024.

Alla suddetta udienza il Collegio ha sollevato d'ufficio, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., l'eccezione di irricevibilità dei secondi motivi aggiunti nella parte in cui contestano la rilevanza delle certificazioni ISO in quanto provvedimenti già conoscibili dall' allegato n. 5 del ricorso principale e, sentite le parti, ha posto la causa in decisione.

DIRITTO

1. Giova premettere per la disamina dei motivi del ricorso introduttivo che la procedura di gara in questione ha ad oggetto la fornitura di un litotritore extracorporeo, ossia di un'apparecchiatura che consente di porre in essere una procedura non invasiva per il trattamento della calcolosi renale. Il litotritore extracorporeo genera onde d'urto che sono in grado di frammentare i calcoli in piccoli pezzi che vengono poi espulsi dal corpo umano attraverso l'urina.

L'art. 3 del disciplinare di gara, in relazione alla "*postazione remota*" dello strumento offerto (e cioè alla consolle di comando dotata di monitor da cui è possibile visionare le immagini diagnostiche e movimentare il sistema) richiede che "*La postazione deve offrire la possibilità di eseguire il posizionamento automatico sul calcolo sia dall'immagine ecografica, sia da quella radiologica*". E' richiesta una specifica modalità che consente di posizionare il sistema sul calcolo pigiando direttamente sull'immagine ecografica/radiologica visualizzata sul display oppure una soluzione equivalente.

Il sistema offerto dalla controinteressata risponde alle suddette caratteristiche. La ricorrente, invece, ha offerto un sistema differente, ma che ella ritiene equivalente nel risultato finale, consistente in un dispositivo che dalla postazione remota consente di visualizzare il calcolo mediante immagine ecografica e radiologica e di posizionare il paziente nel flusso di onde d'urto attraverso lo spostamento del lettino azionato dall'operatore mediante comandi posti sulla postazione remota.

2. Tanto premesso, si può passare ad esaminare i motivi del ricorso introduttivo.

3. Il primo motivo non è fondato. Con la suddetta censura parte ricorrente afferma che la commissione di gara nell'escludere la ricorrente avrebbe omesso di considerare il complesso dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante e, in particolare, il terzo chiarimento con il quale aveva precisato che la specifica tecnica in esame doveva essere intesa nel senso che *“la postazione remota deve avere comandi atti a correggere il puntamento, al fine di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento”* e che, dunque, era considerato idoneo anche un sistema di puntamento non automatico che fosse comunque in grado di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento, caratteristiche di cui il dispositivo offerto da Storz sarebbe in possesso.

Il motivo non è fondato. In proposito va, anzitutto, richiamato il costante orientamento giurisprudenziale che esclude la possibilità per la stazione appaltante di modificare con i chiarimenti il contenuto della *lex specialis* (*“nelle procedure di evidenza pubblica, il chiarimento fornito dalla stazione appaltante - privilegiando una delle due possibili e antitetiche interpretazioni del disciplinare - non può assumere un contenuto innovativo e comportare una modifica della lex specialis, perché i chiarimenti non possono integrare e modificare la lex di gara.”* (T.A.R. Veneto, sez. II, 08/11/2023, n.1568). Nella specie, la specifica tecnica in questione, contenuta nell'art. 3 del capitolato, prevedeva in modo chiaro che il sistema di puntamento dovesse essere *“automatico e computerizzato”* (*“un sistema automatico computerizzato di puntamento, in grado di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento”*). I successivi chiarimenti non avrebbero potuto,

comunque, elidere le suddette precise richieste. Ciò che la stazione appaltante richiedeva era, in sostanza, un sistema che consentisse di modificare la posizione del flusso di onde d'urto sul calcolo in modo automatico, orientando il flusso in base alle coordinate risultanti dal sistema di monitoraggio senza l'intervento dell'operatore umano. Inoltre, dalla lettura complessiva dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante non risulta che tale requisito sia stato disatteso, avendo, al contrario, la stazione appaltante ribadito la necessità che il sistema offerto fosse automatico e computerizzato, ossia idoneo *“a correggere l'errore umano”*.

Nel primo chiarimento (PI095875-22 della lista completa dei chiarimenti di cui al documento 5 di parte ricorrente) la ricorrente aveva chiesto *“con la presente, ci permettiamo di rappresentare alcuni elementi, ravvisati nella disciplina della procedura in oggetto, che risultano, secondo quanto di nostra conoscenza, ostativi a garantire la più ampia partecipazione alla procedura stessa e, di conseguenza, l'esplicarsi del più ampio confronto concorrenziale tra le aziende operanti sul mercato.*

L'art. 3 del disciplinare di gara reca la "descrizione delle specifiche minime o equivalenti" relative al "Sistema litotritore" oggetto della fornitura e, in corrispondenza di ciascuna caratteristica minima, l'operatore economico dovrà specificare se il dispositivo offerto in gara ne è in possesso o meno. Nel caso in cui ne sia in possesso, dovrà descrivere la caratteristica; in caso contrario, dovrà formulare una proposta di equivalenza. Tuttavia, a quanto consta alla Scrivente, sul mercato soltanto un'impresa è in grado di offrire un sistema litotritore caratterizzato dalla presenza simultanea delle specifiche tecniche minime sopra illustrate (o equivalenti) richieste dal disciplinare di gara. Si tratta, in particolare, del litotritore PIEZOLITH 3000 PLUS della marca Richard Wolf.

In altri termini, sulla base delle informazioni attualmente in nostro possesso, la disciplina di gara individua un unico specifico dispositivo, il che si traduce nel completo azzeramento del confronto concorrenziale tra gli operatori del settore. In

quest'ottica, la Scrivente rivolge pertanto a codesta Spett.le Stazione Appaltante la richiesta di una modifica delle seguenti caratteristiche tecniche, atteso che – a nostro avviso - questa costituzione l'unica soluzione per consentire l'effettiva partecipazione alla procedura e per assicurare un confronto competitivo tra le offerte delle imprese operanti nel settore: (...)

3. QUANTO RICHIESTO: La postazione deve offrire la possibilità di eseguire il posizionamento automatico sul calcolo sia dall'immagine ecografica, sia da quella radiologica.

SI CONSIGLIA: Il sistema dovrà offrire la possibilità di eseguire il posizionamento sul calcolo nella maniera più rapida e sicura sia dall'immagine ecografica, sia da quella radiologica. Viene quindi richiesto o un posizionamento automatico sul calcolo o la possibilità di avere entrambi i puntamenti, ecografico e radiologico, in-line (coassiali) così da garantire comunque un rapido e preciso puntamento.”.

La stazione appaltante aveva così risposto: “è richiesto un sistema automatico computerizzato di puntamento, in grado di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento”.

Il secondo quesito richiamato da parte ricorrente era così formulato: “La postazione deve offrire la possibilità di eseguire il posizionamento automatico sul calcolo sia dall'immagine ecografica, sia da quella radiologica” della sezione Postazione remota: alcune macchine sono dotate di un complesso sistema SW/HW di autoposizionamento del paziente (del calcolo) sul punto focale F2 del generatore delle onde d'urto. Per posizionamento automatico si intende l'automatico posizionamento del calcolo sul punto F2 sulla base delle coordinate spaziali fornite dai sistemi di puntamento ecografico e radiologico senza dover movimentare manualmente tramite stazione di comando o telecomando il tavolo porta paziente per portare il calcolo sul punto focale. Chiediamo di precisare se dalla stazione remota si richiede di poter manovrare il tavolo ed eseguire il trattamento in tutte le sue parti tramite o se si richiede un reale posizionamento automatico che non abbisogna della movimentazione tramite consolle da parte dell'operatore”.

La risposta della stazione appaltante è stata nuovamente la seguente: *“è richiesto un sistema automatico e computerizzato di puntamento, in grado di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento”*.

L'ultimo quesito alla cui risposta della stazione appaltante la ricorrente riconduce l'avvenuta modifica del requisito è il seguente: *“Gentilissimi, sulla base dei chiarimenti da Voi pubblicati in data odierna, sottolineiamo il seguente punto del capitolato tecnico già evidenziato in precedenza: "La postazione deve offrire la possibilità di eseguire il posizionamento automatico sul calcolo sia dall'immagine ecografica, sia da quella radiologica". Poiché tale specifica è posseduta da una e sola apparecchiatura si chiede a codesta stazione appaltante di eliminare questo punto e sostituirlo con altra dicitura di cui ci permettiamo di suggerire: "Il sistema dovrà offrire la possibilità di eseguire il posizionamento sul calcolo nella maniera più rapida e sicura sia dall'immagine ecografica, sia da quella radiologica". Questo permetterebbe una partecipazione più ampia alla gara in esame.”*.

La risposta della stazione appaltante è stata la seguente: *“Si intende che la postazione remota deve avere comandi atti a correggere il puntamento, al fine di eliminare l'errore umano e ridurre i tempi di puntamento”*.

A ben guardare nessuna delle risposte ai chiarimenti richiesti modificava la specifica tecnica contenuta nel capitolato, poiché in esse è sempre specificato che il sistema offerto deve contenere comandi atti ad eliminare l'errore umano nel puntamento, quindi a consentire una correzione del indipendente dall'intervento dell'operatore. Dunque, l'esigenza ripetutamente manifestata dalla stazione appaltante è quella – già espressa nel capitolato - di un dispositivo dotato di un sistema *“automatico e computerizzato”* di puntamento. Non risulta che il dispositivo offerto dalla ricorrente avesse le caratteristiche richieste dal bando, neppure sulla scorta del principio di equivalenza, atteso che esso non contiene un sistema automatizzato idoneo ad intervenire sull'errore umano;

4. Per le ragioni sopra richiamate è infondato anche il secondo motivo di ricorso,

non essendo configurabile alcun legittimo affidamento da parte della ricorrente nella modifica della specifica tecnica in questione mediante i chiarimenti resi dalla stazione appaltante che, in primo luogo, come si è detto, non possono modificare il contenuto della *lex specialis*, e, in secondo luogo, erano privi di un tale contenuto innovativo.

5. È, altresì, infondato il terzo motivo di ricorso. L'esigenza di un macchinario idoneo a correggere l'errore umano in via automatica e computerizzata (piuttosto di uno che consenta una successiva correzione non automatizzata) non appare irragionevolmente restrittiva della concorrenza, sovvenendo ad un'esigenza concretamente apprezzabile della stazione appaltante, ossia intervenire sull'errore umano, che il prodotto offerto dalla ricorrente non possedeva. Ciò che la ricorrente pretenderebbe non è ottenere l'ammissione di un prodotto avente caratteristiche equivalenti a quelle richieste, ma modificare le esigenze che l'Amministrazione intende soddisfare mediante la fornitura del prodotto dotato del suddetto sistema automatico e computerizzato.

Tale pretesa, tuttavia, non trova giustificazione nei principi di equivalenza e non discriminazione, che possono venire in rilievo soltanto in un momento logicamente successivo a quello in cui sono individuate da parte dell'Amministrazione le proprie esigenze di approvvigionamento.

La giurisprudenza interna ed eurounitaria riconosce alle Amministrazioni appaltanti un potere discrezionale nell'individuazione delle proprie esigenze di approvvigionamento, che devono rispondere a criteri di tipo funzionale, concretamente apprezzabili. Non è in questa attività che possono venire in rilievo le esigenze del mercato, ma nella successiva fase in cui sono valutate le offerte, le quali - pur in presenza di specifiche tecniche formulate mediante richiamo a norme tecniche e non a mere esigenze prestazionali - devono essere valutate secondo il principio di equivalenza.

In altre parole, se è vero che le specifiche tecniche non devono essere individuate in modo da restringere ingiustificatamente la concorrenza, dovendosi consentire

l'accesso alla gara anche di prodotti e servizi che, pur se non perfettamente rispondenti alle stesse, siano tuttavia idonei a consentire il perseguimento delle esigenze dell'Amministrazione, è, altresì, vero che l'individuazione delle esigenze funzionali rientra nell'ambito delle scelte di merito dell'Amministrazione che non possono essere modificate al solo scopo di garantire una maggiore apertura del mercato. (*“L'individuazione delle specifiche tecniche di una fornitura costituisce estrinsecazione di ampia discrezionalità amministrativa; spetta alla p.a. la ricognizione delle esigenze da soddisfare mediante l'approvvigionamento e, in via consequenziale, dei requisiti necessari al relativo soddisfacimento. Tale discrezionalità è purtuttavia assoggettata ai limiti propri di ogni azione amministrativa e, nel settore dei contratti pubblici, al generale principio di concorrenza (cfr. TAR Milano, sez. IV, 15 maggio 2020, n. 823) In virtù di ciò, le caratteristiche tecniche della fornitura devono essere enucleate dalla p.a. in modo tale da favorire la più ampia partecipazione alla gara, ferma restando la necessità di soddisfare appieno le esigenze della stazione appaltante.*

L'Amministrazione procedente, in sede di elaborazione della lex specialis della gara, dovrà pertanto evitare di inserire requisiti che in modo irragionevole restringano la platea dei concorrenti ammessi, individuando specifiche non rivolte al soddisfacimento di un effettivo bisogno, ma tendenti in via esclusiva a limitare ex ante gli interlocutori”, così T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 20 marzo 2023, n. 4732/2023, “Alla luce della ratio sottesa al principio di equivalenza, 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. Per contro detto principio non può

essere invocato per ammettere offerte che, sul piano oggettivo, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, previste nel capitolato di appalto, poiché il richiamo al principio di equivalenza in un siffatto caso avrebbe l'effetto di distorcere l'oggetto del contratto, al punto da consentire ai partecipanti di offrire un bene radicalmente diverso rispetto a quello descritto nella lex specialis, così finendo per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto e per modificarne surrettiziamente i contenuti in danno della stessa stazione appaltante e dei concorrenti che abbiano puntualmente osservato la disciplina di gara.” T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. I, 19/01/2024, n.198, “Gli articoli 18 e 42 della direttiva 2014/24/UE non impongono all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di determinazione delle specifiche tecniche di un appalto avente ad oggetto l'acquisto di forniture mediche, di far prevalere l'importanza delle singole caratteristiche degli apparecchi medici o l'importanza del risultato del funzionamento di tali apparecchi, ma esigono che le specifiche tecniche, nel loro insieme, rispettino i principi della parità di trattamento e di proporzionalità. Ai sensi del menzionato art. 18, infatti, la concezione della procedura di appalto non può limitare artificiosamente la concorrenza, favorendo o svantaggiando indebitamente taluni operatori economici. Ne consegue che, se spetta alle amministrazioni aggiudicatrici definire discrezionalmente il contenuto e il grado di dettaglio delle specifiche tecniche, non è ad esse consentita la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.”, così Corte giustizia UE sez. IX, 25/10/2018, n.413).

Nella specie, il prodotto offerto dalla ricorrente, era diverso da quello che legittimamente l'amministrazione aveva richiesto, non presentando le medesime caratteristiche funzionali, potendo apprezzarsi una differenza in termini prestazionali tra il dispositivo che permette una correzione del puntamento in modo automatizzato e quello che non contiene tale dispositivo.

6. È infondato anche il terzo motivo, atteso che in disparte la questione relativa al possesso del requisito in questione da parte della sola Alliance – che è stato

specificamente contestato dalla controinteressata sia citando altre tre aziende che producono un litotritore dotato di sistema di puntamento automatizzato, sia richiamando un prodotto della stessa ricorrente dotato del suddetto sistema – la disciplina di gara non può ritenersi illegittima per il sol fatto che vi sia stata un'unica ditta il cui prodotto fosse in possesso delle caratteristiche tecniche richieste, atteso che il bando non impediva la fornitura di prodotti equivalenti e, dunque, non può ritenersi che essa fosse lesiva della concorrenza.

7. Il rigetto delle censure concernenti il primo motivo di esclusione consente di assorbire l'esame del quarto motivo, riguardante il secondo motivo di esclusione, ciò sulla scorta del principio, costantemente affermato in giurisprudenza, per il quale, laddove l'atto gravato sia plurimotivato, è sufficiente che emerga la fondatezza di una sola delle ragioni a relativo fondamento: *“In presenza di provvedimenti con motivazione plurima, solo l'accertata illegittimità di tutti i singoli profili su cui essi risultano incentrati può comportare l'illegittimità e il conseguente effetto annullatorio dei medesimi”* (cfr. Cons. St., V, 10.3.2009 n. 1383; Cons. St., V, 28.12.2007, n. 6732; Tar Campania, Napoli, VII, 28.7.2014, n. 4349; Tar Campania, Napoli, VII, 9.12.2013 n. 5632).

8. Per le medesime ragioni sopra richiamate vanno respinte anche le censure contenute nel primo ricorso per motivi aggiunti, con il quale la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara, articolando esclusivamente censure concernenti vizi di illegittimità derivata dall'impugnata esclusione.

9. Quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti, preliminarmente il Collegio rileva – come preannunciato all'udienza del 4 aprile 2024 – l'irricevibilità del secondo motivo con il quale la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara in relazione alla mancata allegazione all'offerta tecnica della controinteressata delle certificazioni ISO 14001 e ISO 45001, richieste dall'art. 16 del disciplinare di gara. Tale circostanza, dedotta per la prima volta con il ricorso

per motivi aggiunti notificato il 26 febbraio 2024 e la cui conoscenza la ricorrente riconduce all'ostensione dell'offerta tecnica di Storz consentita dalla stazione appaltante in forma integrale soltanto il 22 gennaio 2024, era invero già nota alla ricorrente, emergendo dal verbale n. 5 depositato dalla stessa ricorrente in data 2 gennaio 2024. Nello stesso ricorso introduttivo, peraltro, Storz fa cenno a tale verbale e alla scelta della commissione di non escludere la controinteressata, così confermando la piena conoscenza, già all'epoca dell'introduzione del giudizio, del vizio dedotto con il secondo ricorso per motivi aggiunti. E se è vero che, in assenza dell'aggiudicazione alla controinteressata, la circostanza non era correlabile ancora ad alcun atto lesivo, tuttavia, il vizio non è stato tempestivamente dedotto neppure in occasione della proposizione del primo ricorso per motivi aggiunti notificato il 10 gennaio 2024.

10. Il primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti, con il quale è dedotto il vizio di violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica è, invece, infondato. Va, anzitutto richiamata la costante giurisprudenza alla stregua della quale *“il principio e le relative regole operative trovano applicazione nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade, appunto, solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta) (...). Il divieto in parola, peraltro, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara; in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, III, 9 gennaio 2020, n. 167): è, perciò, ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di alcuni elementi*

economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica o purché non venga anticipatamente reso noto il «prezzo» dell'appalto. Con ciò, in definitiva, il divieto di commistione non va inteso né in senso assoluto, né in senso formalistico, ben potendo nell'offerta tecnica essere contenuti "elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica" (Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 273; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., V, 11 giugno 2018, n. 3609; Id., III, 12 luglio 2018, n. 4284; Id., III, 3 aprile 2017 n. 1530)". (Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2022, n. 8011/2022)

Nel caso di specie, anzitutto l'offerta del canone di assistenza tecnica e manutenzione full-risk nella percentuale massima del 7% del prezzo di fornitura faceva parte degli impegni che gli stessi moduli predisposti dalla s.a. quali allegati dell'offerta tecnica prevedevano di assumere, in ossequio a quanto previsto dall'articolo 3 del disciplinare il quale prescriveva il possesso della seguente specifica tecnica minima: *"Eventuale canone manutentivo, per assistenza tecnica full-risk postgaranzia, non superiore al 7% del valore della fornitura che dovrà rimanere invariato per almeno 36 mesi dalla scadenza del periodo di garanzia."*. Nel documento recante il *"questionario tecnico"* (cfr. doc. 15), che ripercorre tutti i requisiti menzionati dall'art. 3 del disciplinare, la controinteressata ha specificato che il canone annuo post garanzia offerto è pari al 7% del valore della fornitura (che nell'offerta tecnica non veniva esplicitato) e che lo stesso resta invariato per 36 mesi dalla data di scadenza della garanzia, rinviando per maggiori dettagli al documento denominato *"Relazione AT"*.

Una siffatta specificazione, seppur contenente un'indicazione di tipo economico, era, tuttavia, inidonea a disvelare il contenuto dell'offerta economica, poiché priva

del riferimento al prezzo totale offerto su cui la percentuale avrebbe dovuto applicarsi. Inoltre, avendo la controinteressata indicato il canone nella percentuale massima consentita dal bando, ha reso noto un dato inidoneo a condizionare la scelta della commissione, poiché inadatto a disvelare profili di maggiore convenienza economica della propria offerta rispetto a quella delle altre.

11. In conclusione, il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti sono infondati. Il secondo ricorso per motivi aggiunti è in parte irricevibile ed in parte infondato.

12. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in motivazione

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti. Dichiara in parte inammissibile e in parte infondato il secondo ricorso per motivi aggiunti. Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio in favore delle parti resistenti, che liquida in complessivi €3.500,00 oltre accessori per ciascuna.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Mariagiovanna Amorizzo

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO