

N. 01107/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00873/2021 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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 873 del 2021, proposto da Performance Hospital s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Ida Maria Dentamaro, Giuseppe Campanile e Nicola Dentamaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.Li.Sa. – Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Maoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Corsica 2/11; la Regione Liguria, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Maoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Bayer s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Travi, Elena Travi e Luigi Piscitelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Piscitelli in Genova, corso Aurelio Saffi, 7/2;

per l'annullamento

del decreto dirigenziale n. 7045/2021, con cui il settore Stazione Unica Appaltante Regionale della Regione Liguria ha aggiudicato a Bayer s.p.a., per conto dell'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (A.Li.Sa.), il lotto n. 4, relativo alla "Fornitura di sistemi di iniezione peristaltici di mezzi di contrasto per procedure radiografiche tomografiche", della gara a procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento della fornitura di iniettori di mezzi di contrasto a noleggio e relativo materiale di consumo occorrenti alle AA.SS.LL., EE.OO. e I.R.C.C.S. della Regione Liguria per un periodo di 60 mesi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.Li.Sa. – Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, di Bayer s.p.a. e della Regione Liguria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2022 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la società Performance Hospital s.r.l., seconda classificata, ha impugnato il decreto dirigenziale n. 7045/2021, con cui il settore Stazione Unica Appaltante Regionale della Regione Liguria ha aggiudicato a Bayer s.p.a., per conto

dell'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (A.Li.Sa.), il lotto n. 4, relativo alla "Fornitura di sistemi di iniezione peristaltici di mezzi di contrasto per procedure radiografiche tomografiche" della gara a procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento della fornitura di iniettori di mezzi di contrasto a noleggio e relativo materiale di consumo occorrenti alle AA.SS.LL., EE.OO. e I.R.C.C.S. della Regione Liguria per un periodo di 60 mesi.

Espone: - che la gara era suddivisa in quattro lotti, di cui il primo ed il quarto relativi a sistemi di iniezione per TAC e distinti per la tecnologia sfruttata dall'iniettore offerto ("a siringa" per il lotto n. 1, a pompa peristaltica per il lotto n. 4); - di aver proposto, per il lotto n. 4, un iniettore (CT Motion) a pompa peristaltica della produttrice Ulrich Medical, mentre la controinteressata Bayer s.p.a., ha offerto un sistema a siringa (Centargo), ritenendo di poter sfruttare il principio di equivalenza.

Lamenta che, in realtà, il prodotto offerto dalla Bayer non sarebbe conforme ai requisiti minimi previsti dalla *lex specialis*, e addirittura difforme dall'oggetto del lotto n. 4, nonché l'errata applicazione di una specifica voce di punteggio tecnico.

A sostegno del gravame ha dedotto tre motivi di ricorso, come segue.

1. In via principale. 1. Violazione di legge per errata applicazione dell'art. 68 d. lgs. n. 50/2016. Violazione della *lex specialis*, in particolare degli artt. 6 e 7 del capitolato tecnico prestazionale. Erronea presupposizione in fatto e in diritto. Violazione della *par condicio* tra i concorrenti. Violazione del principio di concorrenza, correttezza e buona fede.

Premesso che le pompe volumetriche si distinguono in pompe a siringa o stantuffo e pompe rotative che sfruttano la tecnologia peristaltica, e che il capitolato prescriveva, per il lotto n. 4 – e a differenza del lotto n. 1 - la fornitura di iniettori per

iniezione peristaltica, il prodotto offerto da Bayer non sarebbe conforme alle caratteristiche minime essenziali di capitolato.

Il principio di equivalenza, pur essendo inteso ad evitare un ingiustificato restringimento della competizione economica dovuto alla previsione di dettagliate specifiche tecniche da parte della stazione appaltante, non potrebbe tradursi in un'alterazione dell'oggetto stesso della gara (cita a conforto T.A.R. Abruzzo, I, n. 292/2021).

La possibilità di far competere “per equivalenza” tecnologie completamente differenti sul piano funzionale finirebbe per alterare anche il valore dei criteri di valutazione previsti dalla stazione appaltante, per esempio, relativamente al criterio di valutazione “*limite massimo di pressione programmabile espresso in psi*”.

Ove si consentisse a sistemi di iniezione con tecnologia a siringa di aggiudicarsi il lotto dedicato ai sistemi a pompa peristaltica, non avrebbe senso la distinzione in lotti operata dalla Stazione appaltante, con espressa previsione di un lotto – il n. 4 – dedicato proprio ai sistemi di iniezione peristaltici.

2. In subordine. Violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* con riferimento all'art. 6 recante i criteri di valutazione. Eccesso di potere per manifesta incongruità, irragionevolezza. Difetto di motivazione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, disparità di trattamento. Violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti.

La gara sarebbe, comunque, affetta da gravi vizi relativi alla fase di attribuzione dei punteggi.

In particolare, sarebbero stati illegittimamente attribuiti a Bayer 3 punti per il criterio di valutazione “*Presenza e funzionamento dell'interfaccia con i sistemi di diagnostica immagini*”, laddove, nella dichiarazione di offerta tecnica, Bayer non ha indicato l'interfaccia Centerga “*Imaging Scanner Interface*” (I.S.I.), che, per l'iniettore offerto, è un elemento

meramente “opzionale”, che non è stato neppure quantificato nell’offerta economica.

3. Violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* con riferimento all’art. 6 recante i criteri di valutazione. Violazione dell’art. 17.2 del Disciplinare di gara per erronea applicazione della formula di calcolo dei punteggi. Eccesso di potere per manifesta incongruità, irragionevolezza, difetto di istruttoria, contraddittorietà, disparità di trattamento.

Contesta, sulla base della formula contenuta nel disciplinare, l’attribuzione del punteggio 0 da essa ottenuto alla voce “*Limite massimo di pressione programmabile espresso in psi*” (max 4 punti), a fronte di un limite dell’apparecchio offerto pari a 195,8 psi, comunque superiore alla base di gara (156,64).

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso ALISA – Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria e la controinteressata Bayer s.p.a., controdeducendo ed instando per la sua reiezione.

In via preliminare ALISA ha eccepito l’inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione passiva, sul presupposto che il provvedimento di aggiudicazione *de quo agitur* è stato adottato da un organo della Regione Liguria, in forza del disposto della L.R. Liguria n. 2/2021, che, a far data dal 1/5/2021, ha disposto la cessazione delle funzioni di Centrale Regionale di Acquisto già facenti capo ad ALISA ai sensi dell’art. 11, comma 16, L.R. n. 17/2016, assegnando le corrispondenti funzioni alla Regione Liguria quale Stazione Unica Appaltante Regionale (SUAR).

Con atto notificato il 14.1.2022 Bayer ha proposto ricorso incidentale, affidato a due motivi di gravame, come segue.

1. Illegittimità degli atti della procedura aperta in questione, nella parte concernente l'ammissione dell'offerta di Performance Hospital e il suo inserimento nella graduatoria per il lotto n. 4, nonché del decreto dirigenziale 18 novembre 2021, prot. n. 12770, nella parte concernente la considerazione dell'offerta di Performance Hospital per il lotto n. 4, per violazione del Capitolato tecnico-prestazionale e, precisamente, per la mancanza in tale offerta di un elemento richiesto a pena di esclusione dal Capitolato medesimo (mancanza del riscaldatore/mantenitore di calore del mezzo di contrasto).

Per l'iniettore CT Motion di Ulrich offerto da Performance Hospital la funzionalità connessa al riscaldatore/mantenitore di calore del mezzo di contrasto non sarebbe di serie, ma soltanto opzionale, ed il relativo dispositivo non sarebbe stato indicato nell'offerta tecnica ed economica.

2. Illegittimità del Capitolato tecnico-prestazionale per la procedura aperta in questione, per violazione dell'art. 68 d. leg. 50/2016 e succ. modif., con riferimento al lotto n. 4 in discussione (*"Fornitura di sistemi di iniezione peristaltici di mezzi di contrasto per procedure radiografiche tomografiche"*), nella parte in cui prevede che per tale lotto fra le "caratteristiche minime essenziali a pena d'esclusione" vi dovesse essere l'offerta di un iniettore "per iniezione peristaltica" di mezzi di contrasto e di soluzione fisiologica.

Premesso che Bayer ha presentato, in gara, una relazione attestante l'equivalenza e la completa fungibilità, dal punto di vista tecnico e funzionale, dei due sistemi a siringa e per iniezione peristaltica, censura il capitolato tecnico, ove esso dovesse intendersi nel senso della tassatività del modello peristaltico.

Con ordinanza 25.7.2022, n. 633 la sezione ha disposto la rimessione in termini di Performance Hospital s.r.l. e di Bayer s.p.a., ai fini – rispettivamente - della notificazione del ricorso principale ed incidentale alla Regione Liguria Settore stazione unica appaltante regionale.

La Regione Liguria si è quindi costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, all'udienza pubblica del 2 dicembre 2022 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Il ricorso principale è fondato e va accolto, sotto l'assorbente profilo dedotto con il primo motivo di gravame.

Le parti disputano accanitamente sulla portata del principio di equivalenza funzionale di cui all'art. 68 comma 7 del D. Lgs. n. 50/2016, ma tale dibattito dev'essere calato nel concreto della documentazione di gara in questione.

Occorre dunque prendere le mosse proprio dal capitolato tecnico prestazionale, il quale, all'art. 1 (oggetto e durata dell'appalto), stabilisce chiaramente che i sistemi di iniezione di mezzi di contrasto sono suddivisi in quattro lotti da aggiudicarsi separatamente, *"distinti per destinazione d'uso"*, come segue:

Lotto 1: Fornitura di sistemi di iniezione di mezzi di contrasto a siringa per procedure radiologiche tomografiche e radiologia interventistica;

Lotto 2: Fornitura di sistemi di iniezione di mezzi di contrasto a siringa con accesso arterioso per procedure emodinamiche e chirurgiche endovascolari;

Lotto 3: Fornitura di sistemi di iniezione di mezzi di contrasto a siringa per procedure da svolgere in diagnostiche di Risonanza Magnetica Nucleare fino a 3 Tesla;

Lotto 4: Fornitura di sistemi di iniezione peristaltici di mezzi di contrasto per procedure radiografiche tomografiche;

Dunque, il capitolato tecnico distingueva chiaramente i quattro lotti in ragione di un criterio eminentemente funzionale, cioè in vista del tipo di procedura medica - diagnostica o terapeutica - alla quale era specificamente destinato il sistema distintamente richiesto per ciascun lotto.

Sta di fatto che il lotto n. 4 per cui è causa richiedeva la fornitura di sistemi di iniezione “peristaltici” di mezzi di contrasto, specificamente destinati alle “*procedure radiografiche tomografiche*”.

Orbene, secondo una costante giurisprudenza, la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un “*aliud pro alio*” idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione; tuttavia, questo rigido automatismo, valido anche in assenza di un'espressa comminatoria escludente, opera nel solo caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie. Dunque, il principio della esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, non può che valere nei casi in cui la disciplina di gara preveda qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime. Ma ove questa certezza non vi sia e sussista al contrario un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione (Cons. Stato Sez. III, 14/05/2020, n. 3084; Cons. Stato Sez. III, 20/06/2022, n. 5075; T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 6/4/2022, n. 562; T.A.R.

Lazio Roma Sez. I, 28/01/2021, n. 1202; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 09/07/2021, n. 4714).

Nel caso di specie sarebbe però ozioso disputare se la relativa specifica tecnica (che faceva espresso riferimento a sistemi di iniezione “peristaltici”) fosse ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, e se, in base al principio dell’equivalenza funzionale, un sistema di iniezione “a siringa” fosse altrettanto idoneo per l’utilizzo nelle “*procedure radiografiche tomografiche*” oggetto del lotto n. 4, posto che la relativa clausola era chiarissima - oltre che motivata in ragione della specifica destinazione d’uso - al punto da porsi, per il lotto n. 4, come obiettivamente preclusiva della partecipazione per i sistemi di iniezione di mezzi di contrasto a siringa come quello offerto da Bayer, e dunque da impugnarsi immediatamente (cfr., per tutte, Cons. Stato Sez. III, 3/3/2021, n. 1816).

Il capitolato tecnico prestazionale consentiva infatti di ricostruire con assoluta precisione e senza alcun margine di ambiguità il prodotto richiesto dall'amministrazione per il lotto n. 4, fissando in maniera analitica ed inequivoca come obbligatoria la caratteristica - a pompa peristaltica - del sistema richiesto, sicché per un verso la clausola era da impugnarsi immediatamente da parte di colui che disponesse di un (diverso) sistema a siringa, per altro verso la fornitura di un sistema a siringa proposta da Bayer concreta effettivamente un *aliud pro alio*.

Senonché, tale clausola è stata impugnata da Bayer soltanto con il ricorso incidentale (ritualmente notificato il 14.1.2022 ad ALISA, che aveva in allora emanato il bando - doc. 2 delle produzioni 24.12.2021 di parte ricorrente), che però è irrimediabilmente tardivo: la mancata tempestiva impugnazione della *lex specialis* di gara rende infatti irricevibile l'impugnativa della stessa successivamente formulata con

ricorso incidentale, giacché nel processo amministrativo è inammissibile l'introduzione entro i termini del ricorso incidentale di una domanda che l'interessato aveva l'onere di proporre mediante un tempestivo e rituale ricorso avverso il provvedimento dal quale era sorta per lui un'autonoma ed immediata lesione, e un conseguente diretto interesse ad agire (T.A.R. Campania Napoli, VIII, 19/10/2017, n. 4884).

L'attualità dell'interesse ad agire dev'essere infatti apprezzata oggettivamente, sulla base del tenore degli atti amministrativi impugnati e dell'immediatezza della lesione da questi arrecata agli interessi giuridici della parte, non certo sulla base di attendismi, riserve mentali o futuri calcoli di convenienza: Bayer aveva dunque l'onere di impugnare immediatamente la clausola (per sé) direttamente escludente, senza fare assegnamento sull'accondiscendenza della stazione appaltante e su una benevola – ma illegittima - interpretazione della stessa.

Detto altrimenti, l'interesse di Bayer ad impugnare la clausola in questione non è certo sorto per effetto della notificazione del ricorso principale, ma ben preesisteva ad esso, essendo rimasto – per così dire - quiescente soltanto per effetto della falsa applicazione della clausola ad opera della stazione appaltante (censurata con il ricorso principale), che non soltanto non l'ha doverosamente esclusa dalla partecipazione per il 4° lotto, ma glielo ha addirittura aggiudicato.

Donde, per un verso, l'accoglimento del ricorso principale, per altro verso l'irricevibilità per tardività del ricorso incidentale.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il decreto dirigenziale n. 7045/2021, nella parte in cui ha aggiudicato a Bayer s.p.a. il lotto n. 4.

Dichiara irricevibile il ricorso incidentale.

Condanna la Regione Liguria e Bayer s.p.a., in solido, al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio, che liquida in € 5.000,00 (cinquemila), oltre spese generali, IVA e CPA, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Liliana Felletti, Referendario

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO