

Pubblicato il 02/10/2024

N. 01032/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01062/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1062 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati R. B., G. A. e P. F., con domicili digitali come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. E. T., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento (...) – area ospedaliera bari nord – presidio ospedaliero “...” – direzione amministrativa prot. n. 89531 del 9.7.2024 di esclusione e/o non ammissione alla procedura di gara, perché “è stato specificato su indicazione della UOC di Ingegneria clinica Asl (...), la necessità di materiale di consumo dedicato e originale, ovvero “tubo giornaliero xd8151” da utilizzare su iniettore Ulrich Motion CT XD800”;

ove occorrer possa: - della successiva nota della (...) – area ospedaliera bari nord – presidio ospedaliero “...” – direzione amministrativa prot. n. 100167/2024 del 1.08.2024; - della nota della (...) - area ospedaliera bari nord – presidio ospedaliero “...” – direzione amministrativa prot. n. 73214 del 5.06.2024 recante la “richiesta di preventivo finalizzato ad affidamento diretto ex art. 50 comma 1 lett. b) del D.Lgs. 36/2023 per la fornitura di “TUBO GIORNALIERO XD8151” materiale di consumo dedicato e originale, da utilizzare su iniettore Ulrich Motion CT XD800 in dotazione alla TAC GE ubicata presso al UOC di Radiologia del PO Sa Paolo” nella parte in cui limita la possibilità di formulare un’offerta esclusivamente per dispositivi “originali”, unitamente a tutti gli allegati;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori avv. P. F., per la parte ricorrente; nessuno è comparso per (...) resistente;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso depositato come previsto in rito, la società istante ha impugnato il provvedimento di esclusione dal procedimento di gara negoziato, mediante invito alla presentazione di preventivi, tramite piattaforma elettronica “Empulia”, per l’affidamento diretto della fornitura del “TUBO GIORNALIERO XD8151”, materiale di consumo dedicato, da utilizzare su iniettore Ulrich Motion CT XD800, in dotazione alla TAC GE ubicata presso al UOC di Radiologia del presidio ospedaliero “...” di (...), esclusivamente nella forma di c.d. materiale “originale”. Hanno partecipato alla gara due società: *i)* (...); *ii)* (...).

In diritto, parte ricorrente censura: I) la violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 79 e All. II.5 del d.lgs. n. 36 del 2023, nonché l’eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e di motivazione e la violazione del principio di equivalenza; II) la violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara nella parte in cui demanda la valutazione sulla conformità del dispositivo ad un organismo tecnico e il difetto di istruttoria.

2.- Si costituiva l’amministrazione sanitaria intimata, senza contestare specificamente, ma chiedendo comunque il respingimento del ricorso per infondatezza.

3.- Alla fissata camera di consiglio per l’adozione di eventuali misure cautelari, la causa, previa breve discussione, veniva introitata per la immediata decisione con sentenza in forma semplificata.

4.- Il ricorso è fondato.

Punto dirimente è costituito dalla violazione del principio di equivalenza, quale canone immanente nelle procedure di gara o comunque di evidenza pubblica, anche nelle forme negoziate o similari della c.d. piccola evidenza, specie allorché l’amministrazione intenda affidare la fornitura di materiale di consumo. La richiesta di materiale originale deve intendersi anche inclusiva del materiale assimilabile all’originale.

Non emerge dagli atti depositati nel processo una particolare motivazione, delibabile dal Collegio, in ordine alla sua ragionevolezza, per la quale la stazione appaltante abbia richiesto materiale originale, né nel provvedimento di esclusione è stato dato conto di carenze particolari, circa il prodotto offerto dall’operatore economico escluso, se non che è stato offerto materiale non “originale”.

Un simile provvedimento è tuttavia in frontale contrasto con il *principio di equivalenza* (o di equipollenza), che trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (*ex multis*: T.A.R. Sicilia, sez. I, 27 giugno 2024, n. 2083; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2024, n. 1545; T.A.R., Marche, sez. II, 4 marzo 2024, n. 207

La Stazione appaltante avrebbe dovuto valutare la conformità dell’offerta non tanto in senso formale, quanto piuttosto in senso sostanziale, dovendo verificare, sulla base di quanto contenuto negli atti di gara, se il prodotto offerto dalla società ricorrente fosse funzionalmente rispondente alle esigenze dell’Amministrazione, secondo il principio di equivalenza, vigente negli appalti pubblici, che sottende una valutazione di omogeneità

funzionale tra soluzioni, prodotti o dispositivi tecnici, ravvisabile ogni qual volta questi siano in grado di assolvere, in modo sostanzialmente analogo, alla finalità di impiego loro assegnata, come nella fattispecie (*ex multis*, T.A.R. Liguria, sez. I, 11 ottobre 2023, n. 853; T.A.R. Sicilia, sez. I, 27 luglio 2023, n. 2506; T.A.R. Lazio, sez. III, 20 giugno 2023, n. 10468 e 6 giugno 2023, n. 9488; T.A.R. Campania, sez. V, 3 febbraio 2023, n. 792).

In sede di gara pubblica, il principio di equivalenza trova il proprio limite nella difformità del bene o del servizio, rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*, ovvero quando venga a configurarsi una ipotesi di *aliud pro alio* non rimediabile (*ex pluris*: Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2023, n. 10471).

L'impugnativa proposta – sulla base di quanto è stato documentato dalle parti nell'odierno giudizio – è dunque fondata, dovendo l'amministrazione ammettere e valutare il pregio del prodotto offerto dalla ricorrente, al fine di poter apprezzare la sussistenza della equivalenza funzionale, rispetto al prodotto originale. Restano impregiudicate le ulteriori valutazioni circa l'economicità.

5.- In conclusione, il ricorso proposto, per le sopra esposte motivazioni, va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati nel limite dell'interesse della società ricorrente.

6.- Le spese del giudizio seguono il principio della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo. Il contributo unificato va rifiuto, in applicazione dell'art. 13, comma 6-bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti gravati nei sensi in motivazione.

Condanna (...) al pagamento delle spese del giudizio in favore della società ricorrente che si liquidano in €. 2.000,00, oltre accessori di legge; C.U. rifiuto.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Lorenzo Ieva, Primo Referendario, Estensore

Lorenzo Mennoia, Referendario

L'ESTENSORE

Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE

Carlo Dibello

IL SEGRETARIO