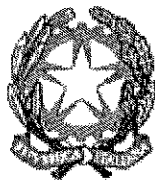


Pubblicato il 10/08/2016

N. 03594/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00355/2016 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 355 del 2016, proposto da:
GE Medical Systems Italia Spa, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Roberto Calabresi C.F.
CLBRRT74D22G999W, Lapo Guadalupi C.F.
GDLLPA72D28D612D, Francesca Romana Correnti C.F.
CRRFNC85S57H501F, Andrea Di Leo C.F.
DLINDR82P27H501H, con domicilio eletto presso lo Studio Legale
SLCG in Roma, Via Alessandro III, 6;

contro

Azienda Socio Sanitaria territoriale - A.S.S.T. Nord Milano, in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli
avvocati Maria Costanza C.F. CSTMRA53L61H703K, Francesco
Cardarelli C.F. CRDFNC61R04H501F, Francesco Pensato C.F.

PNSFNC47B17B910J, con domicilio eletto presso Francesco Cardarelli in Roma, Via G.P. da Palestrina, 47;

nei confronti di

- Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento non costituita in giudizio;

- Maquet Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Todaro C.F. TDRPLA65P18H501D, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Raffaelli & Rucellai in Roma, Via dei Due Macelli, 47;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO, SEZIONE IV, n. 02876/2015, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per l'affidamento della fornitura di apparecchi per l'anestesia;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.S.T. Nord Milano e di Maquet Italia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2016 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Naccarato su delega di Roberto Calabresi e Maria Costanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante GE Medical è stata esclusa dalla gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento, per la fornitura di apparecchi per anestesia, in

quanto i prodotti da essa offerti utilizzano una valvola (APL - Adjustable Pressure-Limiting) meccanica e non invece - come richiesto dall'art. 2 del capitolato (Caratteristiche generali e requisiti minimi di fornitura) e dal disciplinare (Requisiti minimi di fornitura (Caratteristiche richieste minime indispensabili) – pag. 15) – una “APL elettronica finemente regolabile e ben posizionata nel sistema”.

2. GE Medical ha impugnato dinanzi al TAR Lombardia l'esclusione, sostenendo l'equivalenza tra le valvole APL meccaniche e quelle elettroniche, in quanto aventi entrambe le medesimo funzionalità, tenuto conto che la stazione appaltante aveva dichiarato (chiarimento n. 5) che avrebbe accettato soluzioni tecnologiche alternative, purché le stesse garantissero la medesima efficacia clinica di quelle indicate nella lex specialis.

3. Il TAR (ord. n. 1877/2015) ha disposto una verifica da parte del Dipartimento di Elettronica, Informazione e Bioingegneria del Politecnico di Milano, chiedendo “se la valvola APL meccanica offerta dalla ricorrente ... sia o meno funzionalmente equivalente a quella APL elettronica richiesta dalla stazione appaltante”.

4. Il verificatore (prof. Aliverti) ha depositato una relazione finale in data 15 ottobre 2015, che termina con articolate “Osservazioni”.

In esse, si legge in particolare che:

- “le valvole APL meccaniche e APL elettroniche svolgono la stessa funzione primaria, che è quella di evitare che un'eccessiva pressione si sviluppi nel circuito di breathing quando si opera in modalità di ventilazione manuale”;*
- “le soluzioni tecnologiche mediante le quali questa funzione primaria viene ottenuta sono significativamente diverse”;*

- *“le valvole APL meccaniche rappresentano oggi la modalità decisamente più utilizzata nei sistemi di anestesia”; “nella letteratura scientifica sono riportati alcuni casi nei quali valvole APL meccaniche hanno presentato malfunzionamenti”;*
- *“le valvole a controllo elettronico sono state introdotte più recentemente ed offrono una serie di vantaggi oggettivi rispetto a quelle meccaniche” (in sintesi: la taratura automatica viene effettuata ad ogni accensione della macchina; il display mostra l'impostazione di regolazione assieme a tutti i parametri ventilatori; esistono allarmi che consentono il rilievo immediato di ogni eventuale malfunzionamento; i parametri di funzionamento sono costantemente monitorati e registrati); “essendo di recente introduzione, la letteratura di riferimento relativa alle valvole a controllo elettronico è estremamente limitata”.*

Il verificatore precisa anche che, a suo giudizio, le espressioni “finemente regolabile” e “ben posizionata nel sistema”, utilizzate nella lex specialis per descrivere la valvola richiesta, “non rappresentano una definizione sufficientemente chiara”; cioè, secondo quanto sembra desumibile al Collegio, non sono idonee per individuare una caratteristica discriminante nel confronto tra i due tipi di valvola.

5. Il TAR, nella sentenza appellata (IV, n. 2876/2015), ha sottolineato che, in base all'art. 68 del d.lgs. 163/2006, l'equivalenza della soluzione proposta in sede di gara rispetto a quella prescritta nel bando va intesa come capacità di raggiungere gli stessi obiettivi cui è finalizzata la specifica tecnica imposta dal bando medesimo, e deve risultare sia sul piano astratto che sul piano concreto dell'appalto cui è riferita l'offerta.

Ha quindi ritenuto che “il verificatore si è in realtà limitato, sostanzialmente, ad affermare che le due valvole assolvono la stessa funzione, essendo tuttavia qualitativamente diverse, e pertanto non equivalenti”, ed ha respinto il ricorso.

6. GE Medical ha proposto appello, allegando una relazione tecnica del prof. Braschi (il quale sostiene che i “vantaggi oggettivi” segnalati da Aliverti hanno una importanza limitata, e che tra le componenti tecniche che caratterizzano le apparecchiature ve ne sono di ben più significative dal punto di vista clinico, della valvola APL).

6.1. Sostiene anzitutto che il TAR ha confuso tra “equipollenza funzionale” ed “identità del bene”, e che questo equivoco di fondo ha viziato il suo apprezzamento della verifica.

Infatti:

(a) - il verificatore ha affermato chiaramente che i due tipi di valvola svolgono la stessa funzione primaria, e nessuna delle ulteriori osservazioni smentisce tale affermazione, il che corrisponde ad un giudizio di equivalenza;

(b) - il TAR ha immotivatamente valorizzato altre osservazioni del verificatore, sottolineando la diversità delle soluzioni tecnologiche e dei dispositivi, ciò che tuttavia rappresenta solo il presupposto logico per la stessa applicabilità dell'art. 68, cit., e del giudizio di equivalenza; e sottolineando che le valvole elettroniche rappresentano una tecnologia più recente, ciò che tuttavia non comporta la non equivalenza, né penalizza le valvole meccaniche, che non possono certo ritenersi obsolete, essendo la soluzione più utilizzata nei sistemi di anestesia del SSN; anzi, l'esistenza di statistiche positive, pure segnalata dal verificatore, è elemento a favore della tecnologia più collaudata;

(c) - i “vantaggi” segnalati dal verificatore riguardo alle valvole elettroniche non sono mai stati indicati dal capitolato come elementi differenziali per la configurazione offerta, ma si tratta di caratteristiche emerse per la prima volta nella relazione del verificatore (la *lex specialis* si limitava a richiedere la fine regolabilità ed il buon posizionamento nel sistema – caratteristiche non idonee a differenziare, e comunque possedute dalle valvole meccaniche offerte); comunque, il verificatore non ne ha tratto alcuna conclusione in termini di non equivalenza.

6.2. Sostiene poi che il TAR non ha condotto un esame complessivo della verifica, che, per quanto esposto, dimostra invece l'equivalenza funzionale delle valvole.

6.3. Lamenta anche che la motivazione data dal TAR non è aderente al principio del c.d. *iudex peritus peritorum*, in quanto tradisce una convinzione aprioristica di non equivalenza, enfatizza solo alcuni passaggi della relazione e ne valorizza uno di importanza secondaria.

6.4. L'appellante, infine, ripropone le censure non esaminate concernenti la violazione dell'art. 68, comma 3, cit., da parte della *lex specialis*, qualora interpretata nel senso che la valvola elettronica sia elemento non suscettibile di soluzioni equivalenti, in quanto:

- le specifiche tecniche sono solo quelle che permettono di caratterizzare obiettivamente un certo bene in modo che risponda all'uso che la stazione appaltante intende farne;
- devono essere conformi a criteri di accessibilità e adeguatezza in modo da non creare ingiustificati ostacoli alla concorrenza (All. II, punto 1, Direttiva 92/50/CE);

- devono essere indicate in relazione ad elementi significativi per distinguere l'oggetto della fornitura (cfr. Cons. Stato, V, n. 1380/2011); invece, il funzionamento meccanico o elettronico di una valvola APL in un macchinario per anestesie, rappresenta un dettaglio complementare che non può essere valorizzato al punto da condurre all'esclusione di un concorrente; tanto più che le difformità riscontrate tra le caratteristiche tecniche sono da ritenersi modeste, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo (cfr. Cons. Stato, V, n. 1666/2014).

7. Si è costituita in appello e controdeduce puntualmente l'Azienda A.S.S.T. Milano Nord (già A.O. ICP).

8. Così ha fatto anche Maquet Italia s.p.a., divenuta aggiudicataria dell'appalto nelle more del giudizio, ed alla quale pertanto è stato notificato l'appello.

9. Le parti hanno depositato memorie e repliche.

10. Il Collegio osserva anzitutto che l'applicabilità, nella procedura di gara in questione, nonostante la mancanza di un'espressa previsione in tal senso, dell'art. 68, comma 4, del d.lgs. 163/2006 e del conseguente giudizio di equivalenza tra valvole elettroniche e valvole meccaniche, presupposto dell'impugnazione proposta in primo grado e sul quale il TAR ha basato la propria decisione, non è stato messo in discussione dall'appello di GE Medical (né da un'impugnazione incidentale di controparte).

Costituisce dunque in questa sede un presupposto vincolante.

11. Ciò premesso, le censure dedotte dall'appellante si appuntano sull'apprezzamento che il TAR ha fatto della verifica sull'equivalenza.

Il Collegio non ritiene che tale apprezzamento sia affetto dai vizi logici lamentati (con argomentazioni di censura distinte, ma sostanzialmente coincidenti) dall'appellante.

L'appellante enfatizza la riconosciuta omogeneità funzionale dei due tipi di valvole, che rispondono entrambi allo scopo di regolare la pressione (evitare che un'eccessiva pressione si sviluppi nel circuito di respirazione quando si opera in modalità di ventilazione manuale); ma tale coincidenza della "funzione primaria" non è che il presupposto della valutazione di equivalenza, perché in mancanza di essa si sarebbe in presenza di prodotti diversi, con utilizzazioni diverse, e quindi per definizione non confrontabili.

La motivazione della sentenza non equivoca tra equivalenza funzionale ed identità del prodotto; al contrario, il TAR, sulla base delle osservazioni (rectius: conclusioni) del verificatore, ha sottolineato le differenze esistenti tra i dispositivi dal punto di vista tecnologico ed operativo (non identità) come premessa del giudizio rilevante ai fini della (non) equivalenza dei risultati conseguibili, che è quello concernente i vantaggi oggettivi riconosciuti dal verificatore propri della valvola elettronica.

Ciò che, riconducendo allo schema logico del giudizio previsto dall'art. 68, comma 4, cit., può tradursi nell'affermazione secondo la quale il tipo di valvola dell'apparecchio offerto (elettronica, anziché meccanica) costituisce una specifica tecnica, alla quale corrisponde (secondo il verificatore) un diverso requisito prestazionale (costituito dai vantaggi oggettivi suindicati), e quindi la valvola a controllo manuale non è equivalente a quella elettronica.

L'appellante sottolinea che le valvole meccaniche non sono obsolete, sono ancora largamente le più diffuse e possono giovare di statistiche positive, ma tali aspetti sono corollari dell'essere dispositivi frutto di una tecnologia meno recente; e, se da tale circostanza non può farsi derivare un giudizio di disvalore, non può nemmeno trarsene motivo di equivalenza, tanto meno di preferenza rispetto alla tecnologia più recente.

La circostanza che il capitolato non esplicitasse i vantaggi oggettivi segnalati dal verificatore riguardo alle valvole elettroniche non appare significativo, posto che il riferimento, testualmente univoco, a tale tipo (tecnologia) di APL compendia le caratteristiche prestazionali ad esse associabili.

12. Quanto alle censure dedotte con il secondo motivo di ricorso, non esaminate dal TAR e riproposte in appello, il Collegio osserva che erano state prospettate in via dichiaratamente subordinata, dipendendo dalla non condivisione della necessità, a termini della lex specialis, del giudizio di equivalenza ("La presente censura viene formulata laddove si voglia ritenere che la stazione appaltante abbia formulato la lex specialis ritenendo la specifica tecnica in parola come elemento indefettibile e non suscettibile di soluzioni equivalenti").

Posto che il TAR ha seguito l'indicazione prospettata in via principale della ricorrente, ha disposto la verifica e ha deciso sulla base dell'esito del giudizio di equivalenza, correttamente il motivo non è stato esaminato in primo grado.

E non sembra ammissibile la sua riproposizione in appello.

13. In ogni caso, anche dette censure, che investono la legittimità della previsione del requisito della valvola elettronica - sotto i profili

della riferibilità del requisito ad elementi significativi per distinguere l'oggetto della fornitura, e della sua accessibilità, adeguatezza e compatibilità con un pieno ed effettivo confronto concorrenziale - sono infondate.

La prospettazione si può riassumere nella domanda: è legittimo richiedere che i prodotti da offrire siano muniti di valvola elettronica, in tal modo tagliando fuori dalla gara quelli muniti di valvola meccanica (a controllo manuale)?

Per quanto concerne l'apprezzabilità della valvola elettronica sotto il profilo funzionale, al fine di escludere che la valvola elettronica rappresenti un dettaglio complementare o rifletta valori clinici marginali, come in sostanza sostiene l'appellante, non può che richiamarsi quanto affermato dal verificatore (prof. Aliverti), sottolineando che le relazioni tecniche/perizie depositate in giudizio dall'appellante (del prof. Braschi), pur interpretando la verifica per trarne un significato opposto a quello dato dal TAR, non hanno dimostrato vizi logici o metodologici tali da inficiarne la validità (mentre quelle depositate dalla ASST Nord Milano - del prof. Sciuto - e dalla controinteressata Maquet - della prof.ssa Conforto e del dott. Muttini - hanno confermato e rafforzato il giudizio di non equivalenza).

Inoltre, per superare i dubbi che il requisito comportasse una ingiustificata restrizione della concorrenza, in contrasto con la ratio dell'art. 68, può osservarsi che la stazione appaltante ha affermato che due offerte in gara comprendevano le valvole elettroniche e che sul mercato vi è almeno un'altra impresa che le commercializza (pag. 9 memoria per l'11 febbraio 2016), e che ciò non risulta smentito da controparte.

14. *In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.*

15. *Le spese del grado di giudizio, considerata l'intrinseca opinabilità delle questioni affrontate, possono essere compensate tra le parti.*

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO