

Pubblicato il 03/07/2025

N. 05029/2025 REG.PROV.COLL.
N. 00298/2025 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 della Campania

(Sezione Nona)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 298 del 2025, proposto da Bioptika S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B2B4773E9F, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 107 - Napoli 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Tallini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Luciani n. 1;

nei confronti

Pharma-J S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore, Angela Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa richiesta di sospensione,

- 1) Della determinazione del Direttore Generale dell'ASL Napoli 2 Nord, del 13.1.2024, avente ad oggetto: Acquisto mediante RDO aperta su piattaforma

MePA di Consip di n. 3 Tomografi a Coerenza Ottica (OCT) da destinare agli Ambulatori di Oculistica del DS 35 di Pozzuoli, DS 36 di Ischia e DS 46 di Acerra – Provvedimento di Aggiudicazione - ditta PHARMA-J S.R.L. - CIG B2B4773E9F;

- 2) Di tutti i verbali e degli atti di gara, con particolare riferimento al verbale di gara n.3 dell'15.10.2024 nella parte in cui ha disposto l'ammissione al prosieguo dell'offerta della ditta Pharma-J e del verbale n. 4 del 12.11.2024 di assegnazione dei punteggi tecnici e relativo prospetto allegato;
- 3) Della nota della Commissione di gara, priva di protocollo, trasmessa con nota pec del RUP del 13.1.2025, con cui si respingeva l'istanza di riesame, presentata dalla Bioptika s.r.l., dell'offerta dell'aggiudicataria;
- 4) Della lettera di invito e dei relativi allegati, con particolare riferimento al disciplinare di gara, al capitolato d'oneri, ed all'all. B1, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
- 5) Degli ordinativi di fornitura e/o di analoghi atti che dovessero disporre l'esecuzione anticipata della fornitura nelle more della stipula del contratto;
- 6) Di tutti gli altri atti e provvedimenti relativi alla gara, di data ed estremi sconosciuti, nonché di ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto al provvedimento di aggiudicazione, se ed in quanto lesivi degli interessi del ricorrente.

nonché

per la declaratoria di inefficacia, ex art.121/122 c.p.a., del contratto eventualmente stipulato nelle more della conclusione del presente giudizio con la ditta Pharma-J

nonché

- per l'accertamento del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara de qua
- per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'affidamento della commessa, o, in subordine, laddove non sia possibile, in

forma generica per equivalente monetario dei danni subiti e subendi per effetto della mancata aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Asl 107 - Napoli 2 e di Pharma-J S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2025 la dott.ssa Alessandra Vallefuoco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con delibera esecutiva n. 1576 del 01.08. 2024, l'ASL Napoli 2 Nord approvava l'indizione della gara telematica mediante RDO su Piattaforma MePA di Consip per l'acquisto di n. 3 Tomografi a Coerenza Ottica (OCT) da destinare agli Ambulatori di Oculistica del DS 35 di Pozzuoli, DS 36 di Ischia e DS 46 di Acerra, per un importo complessivo di € 180.000,00 + IVA. In esecuzione di tale delibera, in data 05.08.2024, l'avviso veniva pubblicato su piattaforma MePA RDO n. 4569310, aperto a tutti gli operatori economici specializzati iscritti alla specifica categoria merceologica di riferimento, con aggiudicazione dell'appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 70 punti per la qualità e 30 punti per il prezzo, ai sensi dell'art. 50 comma 4 del d.lgs. 36/2023.

La ricorrente espone di aver partecipato alla suddetta procedura e di essersi collocata al secondo posto, preceduta dalla aggiudicataria controinteressata Pharma-J S.r.l.

Con il ricorso in epigrafe, la ricorrente impugna la suddetta aggiudicazione e i verbali della Commissione di gara alla stessa presupposti, in quanto afferma che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto non ammettere la controinteressata alla procedura di gara e, comunque, non avrebbe potuto

dichiarala aggiudicataria, stante la mancanza, nell'apparecchiatura offerta, di ben sei dei requisiti minimi richiesti espressamente dall'allegato B1 del bando di gara .

La ricorrente, espone, altresì, che, dopo l'accesso agli atti, aveva inviato una nota alla Stazione Appaltante in cui evidenziava i molteplici punti di difformità delle apparecchiature offerte dalla ditta prima in graduatoria rispetto alle specifiche minime richieste dalla lex specialis, non superabili con l'applicazione del principio di “equivalenza funzionale”, e invitava l'Amministrazione a riconvocare la Commissione per una più approfondita analisi. Con nota del 13.1.2025 il RUP trasmetteva un verbale da cui risultava che la Commissione, in data 13.12.2024, rifiutava il riesame e confermava la precedente valutazione. Pertanto l'Amministrazione procedeva a pubblicare la delibera di aggiudicazione.

Avverso gli atti impugnati, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di diritto:

I) Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'all. A5 al d.lgs, 36/2023. Violazione della lex specialis di gara (art. 2 del capitolato e allegato b1). Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione del principio della par condicio tra i concorrenti. Violazione e falsa applicazione del principio di equivalenza funzionale - eccesso di potere sotto vari profili: difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità ed ingiustizia manifesta, sviamento

L'Aggiudicazione disposta in favore della controinteressata sarebbe illegittima perché il prodotto dalla stessa offerto sarebbe difforme, in ben sei punti, rispetto alle caratteristiche tecniche minimali previste nell' all. B1 alla lettera di invito. Tali difformità sarebbero oggettive, atterrebbero a caratteristiche minime strutturali dell'apparecchiatura oggetto di gara e non a mere specifiche tecniche funzionali e non potrebbero essere superate dal ricorso al principio di equivalenza, tanto più che la Commissione non motiverebbe le ragioni di tale giudizio. A nulla rileverebbe che la mancanza di tali requisiti non sarebbe stato previsto dalla stazione appaltante come causa di esclusione,

perché la difformità del prodotto offerto rispetto a tali caratteristiche oggettive, non potendo essere superata dal principio di equivalenza funzionale, si tradurrebbe nella offerta di un *aliud pro alio*.

II) In ordine alla valutazione operata dai commissari di gara con riferimento al parametro A. Violazione del principio di uguaglianza. Eccesso di potere sotto vari profili. Illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà ed ingiustizia manifesta. Trasimento.

In via gradata, la ricorrente contesta l'attribuzione alla controinteressata del punteggio di 8 punti per il parametro A recante “Caratteristiche generali del tomografo a coerenza ottica” data la mancanza di sei caratteristiche minimali nel prodotto offerto e in relazione al punteggio di 1,60 assegnati alla ricorrente il cui prodotto, invece, avrebbe rispettato tutte le caratteristiche richieste dall'allegato B1. Sotto tale profilo, sarebbe evidente l'illogicità, l'arbitrarietà, l'irragionevolezza e l'ingiustizia manifesta delle valutazioni dei commissari. Analoghe censure, secondo la ricorrente, potrebbero essere sollevate per quanto concerne l'interconnessione (parametro E) per il quale tutti i concorrenti hanno riportato il punteggio di 8 punti. Nel caso della Pharma-J, tuttavia, l'apparecchiatura aggiudicataria sarebbe priva della possibilità di memorizzare le immagini nel formato standard DIRECT DICOM (caratteristica minima dichiarata come non disponibile) e, dunque, l'interconnessione sarebbe garantita solo con macchine su cui sia installato il software NAVIS EX, previo acquisto della relativa licenza. Non avendo la ditta incluso la licenza per n. 8 apparecchiature, sarebbe irragionevole l'attribuzione alla controinteressata del punteggio massimo.

La ricorrente assume, in conclusione, che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, ma, comunque, la valutazione della sua offerta avrebbe dovuto comportare, date le difformità oggettive evidenziate, l'attribuzione di un punteggio inferiore, che avrebbe condotto la ricorrente, seconda classificata per uno scarto di poco più di 3 punti, ad aggiudicarsi l'appalto.

2. Con decreto n. 241/2025 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente.

3. L'ASL 107 Napoli 2 e la Pharma -J S.r.l, ritualmente costitutesi, con memorie depositate il 25.01.2025 hanno resistito al ricorso. La controinteressata ha, preliminarmente, eccepito la tardività del ricorso e ha chiesto, nel merito, il rigetto dello stesso in quanto infondato.

3. Con ordinanza n. 258/2025, posto che “la controinteressata aggiudicataria della fornitura ha offerto un prodotto che, dalla scheda tecnica depositata, risulta non possedere alcune delle caratteristiche minime richieste dall'all. B1” è stata disposta una verificazione, ai sensi degli art. 19 e 66 cod. proc. amm., intesa ad accertare, in contraddittorio tra le parti, se il prodotto offerto dalla controinteressata possedesse o meno le caratteristiche tecniche minime indicate dall'amministrazione nel capitolato, all'allegato B1, quali fossero quelle tecnicamente difformi e se queste, tuttavia, potessero assumersi come equivalenti rispetto a quelle richieste, incaricando di ciò il Direttore dell'U.O.C Ingegneria Clinica dell'ASL Napoli 3 SUD (con facoltà di delega ad un funzionario dotato di competenze tecniche adeguate in relazione ai macchinari ottici) . Con successiva ordinanza 2043/2025 è stata accolta la richiesta di proroga di 15 giorni avanzata dal verificatore.

4. Gli esiti della verificazione sono stati depositati in data 23.03.2025 e la stessa ha concluso che “*- da un punto di vista squisitamente tecnico-prestazionale – l'apparecchiatura/dispositivo oggetto delle attività di verificazione non soddisfa le specifiche minime richieste nell'Allegato B1 dal capitolato tecnico*”.

5. Con memorie di replica sia l'Amministrazione che la controinteressata hanno contestato gli esiti della verificazione, depositando relazioni dei propri consulenti di parte. La ricorrente ha controdedotto con puntuali difese, nelle quali ha ribadito le proprie posizioni e ha contestato le conclusioni addotte dalle controparti, insistendo per l'accoglimento del gravame.

6. All'udienza pubblica del 10 giugno 2025, dopo due richieste di rinvio depositate delle parti resistenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio, preliminarmente, ritiene infondata l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dalla controinteressata.

Invero con il ricorso in oggetto, notificato in data 15.01.2025 e depositato il successivo 17.01.2025, la ricorrente ha impugnato la delibera del 13.01.2025 con cui la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in discorso in favore della controinteressata Pharma J s.r.l.

Per pacifica giurisprudenza il punto di equilibrio tra esigenza di conoscenza dei motivi dei provvedimenti lesivi e certezza dei tempi per l'introduzione del ricorso in materia di contratti pubblici, è stato individuato così come segue

"a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati" (Adunanza Plenaria n. 12/2020" (Cons. Stato, Ad. Plen., 12/2020; da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 maggio 2024, n. 9986);” (T.A.R. Napoli, sez. IV, 24.07.2024, n. 4355).

Indipendentemente dalla conoscenza degli atti ottenuta con la richiesta di accesso, cui, peraltro, era collegata l'istanza rivolta all'Amministrazione di rivalutazione delle proprie decisioni in autotutela, che avrebbe potuto comportare, in ipotesi, anche un ripensamento dell'amministrazione stessa in senso favorevole alla ricorrente, che, pertanto, non avrebbe avuto alcun interesse a proporre ricorso, il termine per la proporzione del gravame decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, che si verifica, appunto, con la pubblicazione della delibera di aggiudicazione. Nel caso di specie la stessa è stata pubblicata il 13.01.2025 e, pertanto, il ricorso notificato il 15.01.2025 e depositato il successivo 17.01.2025 è pienamente tempestivo.

2. Venendo all'esame del merito del ricorso, lo stesso è fondato.

La ricorrente, seconda classificata, si duole del fatto che la ditta aggiudicataria sia stata ammessa alla procedura di gara e ne sia risultata, poi, vincitrice, nonostante difettasse di sei dei requisiti minimi previsti dalla *lex specialis* di gara. Censura il fatto che, nel caso di specie, non potesse applicarsi il principio dell'equivalenza funzionale, applicato dalla Commissione, in quanto il prodotto offerto mancava di 6 requisiti previsti dal capitolato e, conseguentemente, si doleva, che alla ditta Pharma-J fossero stati attribuiti, per il parametro “Caratteristiche generali del Tomografo a Coerenza Ottica”, 8 punti su 8, a fronte degli 1,60/8 attribuiti alla ricorrente, che aveva offerto invece un'apparecchiatura perfettamente congruente con le specifiche di cui all'allegato B1.

Le censure sono fondate.

2.1. L'art. 2 del Capitolato nella descrizione dell'oggetto di gara, tomografi a coerenza ottica, prevede testualmente “Apparecchiature/sistemi elettromedicali in configurazione minima secondo le caratteristiche tecniche minime stabilite nel presente Capitolato Tecnico di cui all'allegato B1”.

L'allegato B1 rubricato caratteristiche tecniche minime, prevede, tra i vari requisiti tecnici, “Completamente automatico senza ausilio del joystick (Monitor integrato LCD touch screen a colori orientabile di 180° sull'asse

verticale e orizzontale per ottimizzare lo spazio d'installazione e per un maggior confort dell'operatore (Profondità di scansione: 2,3 mm (Compensazione diottrica: da -33D a +40D; Compensazione diottrica per occhio del paziente: - posizione neutra: da -13D a +12D - posizione -: da -12D a -33D - posizione +: da +11D a +40D- posizione per segmento anteriore senza componenti ottiche aggiuntive; Possibilità di memorizzazione delle immagini: Direct DICOM”.

Dalla documentazione allegata in atti emerge che la ditta Pharma-J s.r.l., controinteressata aggiudicataria della fornitura, ha offerto un prodotto che, dalla scheda tecnica depositata, risulta non possedere alcune delle caratteristiche minime richieste dall'all. B1 e in particolare:

- punto 4 dell'Allegato B1 “COMPLETAMENTE AUTOMATICO SENZA AUSILIO DEL JOYSTICK”, la controinteressata ha offerto un prodotto che prevede l'uso del joystick per entrare nel range di fuoco e per passare da occhio destro ad occhio sinistro;
 - punto 5 “MONITOR INTEGRATO LCD TOUCH SCREEN A COLORI ORIENTABILE DI 180° SULL'ASSE VERTICALE E ORIZZONTALE” la ditta ha offerto un prodotto il cui monitor non è orientabile di 180° sull'asse verticale, ma solo su quello orizzontale;
 - punto 6 “PROFONDITA' DI SCANSIONE 2,3 mm” l'azienda ha indicato una profondità di scansione di 2.1mm rispetto alla richiesta 2.3 mm;
 - punto 7 “COMPENSAZIONE DIOTTRICA DA -33D a +40D”, la compensazione diottrica dello strumento offerto dalla controinteressata prevede un range da -33D a +35D, ovvero inferiore a quanto richiesto;
 - punto 16 “COMPENSAZIONE DIOTTRICA PER OCCHIO DEL PAZIENTE” l'azienda offre attrezzatura non corrispondente alle specifiche richieste, né per i valori di compensazione né per la posizione del segmento anteriore che viene realizzata attraverso una lente come dichiarato in offerta;
- Per quanto concerne la funzionalità “POSSIBILITÀ DI MEMORIZZAZIONE DELLE IMMAGINI: DIRECT DICOM” (punto 21

dell'allegato B1) nell'offerta della ditta Pharma-J la stessa viene contraddistinta con la dicitura NON DISPONIBILE;

2.2. Il Collegio, pertanto, ha disposto una verificazione tesa ad accertare, in contraddittorio tra le parti, se il prodotto offerto dalla controinteressata possedesse o meno le caratteristiche tecniche minime indicate dall'amministrazione nel capitolato, all'allegato B1, quali fossero quelle tecnicamente difformi e se queste, tuttavia, potessero assumersi come equivalenti rispetto a quelle richieste dal bando.

All'esito delle operazioni, il Verificatore ha depositato la relazione finale nella quale ha attestato che “*Per tutto quanto sopra relazionato e rilevato, nonché, per le relative motivazioni illustrate gli scriventi, nelle loro qualità, riscontrano che - da un punto di vista squisitamente tecnico-prestazionale – l'apparecchiatura/dispositivo oggetto delle attività di verifica non soddisfa le specifiche minime richieste nell'Allegato B1 dal capitolato tecnico*”.

Avverso gli esiti della predetta verificazione la controinteressata e l'Amministrazione hanno presentato memorie, nelle quali hanno contestato le risultanze cui è pervenuta la verificazione, asserendo che le difformità tecniche non avrebbero compromesso la funzionalità richieste dal bando.

In particolare la controinteressata ha censurato il fatto che, se non si fosse applicato il principio di equivalenza funzionale, solo la ricorrente sarebbe stata in grado di fornire uno strumento con tutte le caratteristiche tecniche previste dal bando, con ciò qualificando la procedura come un cd. bando fotografia, illegittimo secondo la giurisprudenza nazionale ed europea.

Il 20 maggio 2025 l'Asl ha depositato in atti la relazione tecnica del proprio consulente di parte, tesa a confutare la verificazione adducendo le stesse motivazioni addotte dalla ditta controinteressata.

Quest'ultima, inoltre, nella memoria depositata il 23.05.2025, oltre a contestare nel merito le risultanze della verificazione, preliminarmente ne ha chiesto una rinnovazione, in quanto vi sarebbe stato un difetto di composizione del Collegio di verificazione, composto solo da ingegneri e non

da specialisti medici in oculistica, e vi sarebbe stato un difetto di contraddittorio, in quanto le parti non sarebbero state presenti alle interlocuzioni per le vie brevi che il verificatore avrebbe avuto con gli esperti aziendali di oculistica (p. 2 verificazione), e, pertanto, in relazioni ad esse non avrebbero potuto presentare osservazioni.

2.3. Con riferimento alle censure sollevate avverso la verificazione, viste le memorie delle parti, il Collegio condivide le osservazioni effettuate dalla ricorrente in merito alla tardività delle stesse e alla violazione del principio di cooperazione processuale tra le parti, atteso il deposito delle consulenze di parte in termini solo formalmente rispettosi rispetto alle udienze fissate.

Al riguardo la ricorrente ha evidenziato che, per quanto riguarda le perizie di parte depositate dall'ASL Napoli 2 nord in data 20.5.2025 e dalla controinteressata in data 25.05.2025, sebbene il deposito sia avvenuto nei termini, laddove si consideri la data dell'udienza del 10 giugno, tuttavia lo stesso appare tardivo rispetto alla data di deposito della verificazione 29.3.2025 ed alle precedenti date di fissazione dell'udienza pubblica (15.4 e 6.5), a ridosso delle quali sono state depositate istanze di rinvio che, seppur formalmente giustificate, in sostanza sono apparse in alcuni casi strumentali.

Inoltre, per quanto concerne l'asserito difetto di composizione del Collegio di verificazione, la ricorrente evidenzia, innanzitutto, la tardività della censura rispetto alla nomina del verificatore (avvenuta il 28.01.2025) e, in secondo luogo, sottolinea il contenuto dell'ordinanza che non richiedeva la formazione di un Collegio, ma nominava un verificatore nella persona del Direttore dell'U.O.C Ingegneria Clinica dell'ASL Napoli 3 SUD.

Il Collegio, tuttavia, nonostante la astratta tardività/inammissibilità delle consulenze e delle memorie depositate dalle controparti, intende esaminare le censure nelle stesse contenute, in ossequio ad un principio sostanziale di amministrazione della giustizia e stante l'infondatezza delle osservazioni sollevate.

Con riferimento alla censura relativa al difetto di composizione del collegio di verificazione si fa presente che l'ordinanza n. 258/2025 ha disposto la nomina di un verificatore nella persona del Direttore dell'U.O.C Ingegneria Clinica dell'ASL Napoli 3 SUD (con facoltà di delega a un soggetto munito di adeguati requisiti), stante l'esperienza maturata dallo stesso nello svolgimento dei suoi incarichi, e non di un Collegio di verificazione. La competenza del soggetto individuato come verificatore allo svolgimento delle operazioni di verificazione e alla risposta dei quesiti posti in ordinanza è già stata effettuata dal collegio con la scelta del verificatore stesso e l'asserita necessità che ai fini della correttezza della verificazione fossero presenti medici specialisti oculistici, oltre che tardiva rispetto alla nomina dell'organo (e pretestuosa, se si considera che l'ingegnere consulente tecnico di parte, specialista in ingegneria clinica, non ha presenziato alla verificazione, pur invitato), è, per le ragioni esposte, del tutto infondata.

Con riferimento all'asserita violazione del contraddittorio tra le parti, a causa delle interlocuzioni per le vie brevi che il verificatore ha scambiato con i medici specialisti dell'azienda, come ha adeguatamente messo in luce la controinteressata l'ordinanza disponeva che le operazioni di verificazione avvenissero in contraddittorio tra le parti, cosa che è effettivamente avvenuta poiché, in disparte le censurate interlocuzioni per le vie brevi, tutte le operazioni hanno avuto ad oggetto il funzionamento del macchinario offerto dalla controinteressata con riferimento alla verifica del possesso dei requisiti minimi previsti dal bando e contestati. Negli esiti della verificazione il Collegio non rinviene risultanze che esulino da tale verifica e che possano collocarsi nell'alveo di valutazioni medico specialistiche di cui le parti non hanno avuto contezza e, comunque, come si specificherà in prosieguo, nel caso, il Collegio non assume tali asseriti ulteriori elementi a co-fondamento della propria decisione, limitandosi a analizzare le risultanze oggettive che dalla verificazione del funzionamento del macchinario della controinteressata, alla luce dei requisiti richiesti dal bando, sono risultate evidenti.

Per tutto quanto sopra il Collegio ritiene di non accogliere la richiesta di rinnovazione di verificazione, in quanto un’eventuale supplemento di verificazione non aggiungerebbe nulla a quanto già evidenziato in atti e costituirebbe solo un ulteriore allungamento dei tempi processuali, già protrattisi con i menzionati rinvii chiesti dalle controparti, incompatibili con la natura della causa e gli interessi pubblici in gioco.

3. Nel merito della causa, il Collegio osserva quanto segue.

3.1. Con riferimento al principio di equivalenza la giurisprudenza ha affermato che “*In linea generale, il tema va inquadrato in principi di derivazione unionale che attribuiscono la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, e risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. L'equivalenza presuppone, quindi, la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difformi dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, quale conformità sostanziale con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte. Ne deriva, sul piano applicativo, che, sussistendone i presupposti, la stazione appaltante deve operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni tecniche offerte, sì che le specifiche indicate dal bando vengono in pratica comunque soddisfatte (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 7 luglio 2021, n. 5169)."*

(Consiglio di Stato, sez. III, 13.03.2025, n. 2066).

Il significato ultimo del principio di equivalenza è infatti “*quello di evitare che le stazioni appaltanti, le quali, in ipotesi, all'atto di redazione del capitolato, non avendo specialistica conoscenza del singolo mercato di riferimento, non abbiano ben individuato tutte le caratteristiche di dettaglio dei prodotti ed in presenza di prodotti che pur pienamente e financo meglio garantirebbero le esigenze sottese alla gara, si trovino private della possibilità*

di conseguire l'offerta nel complesso migliore con una artificiosa riduzione della concorrenza per eccessiva rigidità della legge di gara" (TAR Milano n. 694/2024)" (T.A.R. Roma, sez. III, 29.11.2024, n.21463)

Parte della giurisprudenza ha operato una distinzione tra le "specifiche tecniche", rispetto alle quali il principio di equivalenza sarebbe sempre applicabile, e i "requisiti minimi obbligatori", che possono essere richiesti a pena di esclusione in quanto esprimono la definizione a priori dei bisogni dell'Amministrazione, e quindi hanno l'effetto di perimetrare a monte i tipi di prestazioni che sono state considerate idonee a soddisfare tali bisogni. In relazione a questi ultimi, un orientamento ha ritenuto che non fosse applicabile il principio di equivalenza, altro, invece, *"ha ritenuto il principio di equivalenza estensibile anche ai requisiti minimi qualificati come obbligatori dalla disciplina di gara, ma ciò ha fatto sulla scorta di un approccio "funzionale", ossia con riferimento a fattispecie in cui dalla stessa lex specialis emergeva che determinate caratteristiche tecniche erano richieste al fine di assicurare all'Amministrazione il perseguimento di determinate finalità, e dunque poteva ammettersi la prova che queste ultime fossero soddisfatte anche attraverso prodotti o prestazioni aventi caratteristiche tecniche differenti da quelle richieste (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 settembre 2023, n. 8189)." (Consiglio di Stato sez. III, 09.05.2024, n. 4155).*

Il principio di equivalenza funzionale, dunque, applicabile sia in caso "specifiche tecniche" sia in caso di "requisiti minimi obbligatori", consiste in una verifica delle prestazioni offerte dal prodotto che, nonostante difetti di alcune caratteristiche previste dalla *lex specialis*, tuttavia consente di raggiungere il medesimo risultato perseguito dall'appalto attraverso soluzioni alternative, la verifica della cui adeguatezza è demandata alla Commissione di gara. Questa deve effettuare 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 (cfr. T.A.R. Bari, sez. III, 02.10.2024, n.1032)

In relazione all'onere motivazionale della scelta, la giurisprudenza ha affermato, inoltre, che “*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* (cfr. Cons. St., sez. V, 25 agosto 2021, n. 6035).” (T.A.R. Roma, sez. III, 20.06.2023, n.10468).

Infine, sulla sindacabilità della valutazione effettuata dalla Commissione è giurisprudenza costante quella per cui “*il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo; le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica; ne deriva che, come da consolidato indirizzo giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto* (TAR Milano, sez. IV, 27 febbraio 2023, n. 494).” (T.A.R. Roma, sez. III, 20.06.2023, n.10468, *cit.*).

3.2. Nel caso di specie, nel verbale n. 3, Seduta riservata - apertura buste tecniche, a seguito della disamina della documentazione tecnica presentata dagli operatori economici, la Commissione ha ritenuto per la “DITTA PHARMA –J SRL: “*il prodotto offerto...è ritenuto conforme rispetto a quanto richiesto negli atti di gara, in considerazione del principio di equivalenza funzionale*”.

Tale affermazione, tuttavia, non può soddisfare l'onere di motivazione, seppur stringato (come da giurisprudenza citata) per un giudizio di equivalenza funzionale, in quanto, nel caso di specie, l'equivalenza non si evince affatto dalla documentazione tecnica del prodotto, anzi. Dal medesimo verbale n. 3 della seduta riservata si evince che, tra i 4 operatori economici partecipanti, solo per la ricorrente non è stato necessario ricorrere al giudizio di

equivalenza per l'ammissione. Eppure la controinteressata Pharma-j ha conseguito il punteggio tecnico più alto di tutti gli o.e. presenti in gara, di 50,50, nonostante le difformità delle caratteristiche del prodotto offerto rispetto a quelle minime indicate nella lex specialis.

Si impone, dunque al Collegio, data l'assenza della motivazione da parte della Commissione che spieghi le ragioni per le quali il prodotto offerto dalla controinteressata, pur con le numerose difformità tecniche rispetto a quanto richiesto dalla lex specialis (che, come evidenzierà la verificazione, appaiono di una rilevanza oggettiva) sia stato ritenuto funzionalmente così adeguato da meritare il punteggio più alto di tutti e di verificare se il giudizio implicito della Commissione non sia affetto da eccesso di potere o manifesta abnormità.

3.3. Come detto, a seguito delle censure della ricorrente presenti nel ricorso, è stata disposta una verificazione per accertare la effettiva difformità di alcune caratteristiche del prodotto offerto dalla controinteressata e l'eventuale equivalenza di quelle dalla stessa possedute.

3.3.1. Per quanto riguarda il requisito “Completamente automatico senza ausilio del joystick” la documentazione tecnica presentata dalla controinteressata qualificava il joystick come “un accessorio utile per eseguire l'allineamento e la messa a fuoco”.

La verificazione, tuttavia, ha appurato che “*Lo strumento proposto dalla società PHARMA-J oggetto della verifica risulta essere parzialmente automatico. L'acquisizione degli esami necessita comunque dell'uso del joystick, per la traslazione orizzontale nel passaggio tra un occhio e l'altro, per attivare eye-traking all'allineamento con l'apice corneale. Una volta entrato nel range dell'apice corneale, la macchina si allinea automaticamente, quindi, si potrebbe definire una modalità semi-automatica.*”

La controinteressata, nelle proprie osservazioni difensive, e il consulente tecnico di parte nominato dall'Amministrazione sostiene che il verificatore si sarebbe contraddetto, perché da un lato avrebbe qualificato il joystick come accessorio utile e dall'altro avrebbe ritenuto il prodotto semiautomatico, non avvedendosi che anche senza joystick l'apparecchio sarebbe stato funzionante.

Secondo la controinteressata, infatti, “*il Joystick è solo un ausilio, ma non è indispensabile per le operazioni anzidette, essendo appunto lo strumento funzionante anche senza Joystick, che rappresenta un surplus*”. È necessario evidenziare che il verificatore non si è contraddetto nel qualificare il joystick come accessorio utile, in quanto ha riportato solo quanto affermato nella documentazione tecnica presentata dalla ricorrente. Inoltre l'affermazione della difesa della controinteressata, secondo cui lo strumento funzionante anche senza joystick, contrasta con quanto rilevato in loco dal verificatore che afferma “*Una volta entrato nel range dell'apice corneale, la macchina si allinea automaticamente, quindi, si può definire il sistema di tipo semi-automatico.*”

Le osservazioni delle parti controinteressate non sono in grado di superare la verifica effettuata dall'organo verificatore e, pertanto, non sono in grado di far sì che il Collegio non aderisca alle conclusioni riportate nella verificazione.

3.3.2. Per quanto concerne il punto 5 dell'allegato B1 “*Monitor integrato LCD touch screen a colori orientabile di 180 ° sull'asse verticale e orizzontale per ottimizzare lo spazio d'installazione e per un maggior confort dell'operatore*” nella Documentazione tecnica presentata dalla controinteressata era presente “*Display LCD a colori inclinabile da 8,4" . Tuttavia la verificazione ha dato conto del fatto che “il monitor dell'apparecchiatura verificata risulta semplicemente tiltabile (inclinabile di 180°) sull'asse verticale e non orientabile su quello orizzontale come richiesto dal capitolato tecnico... Tale funzione, come tra l'altro riportato nelle caratteristiche tecniche minime capitolari, è necessaria per ottimizzare gli spazi...”*”.

La controinteressata e il CTP dell'Amministrazione, al riguardo, non contestano che il prodotto offerto dalla controinteressata stessa non possegga le predette caratteristiche richieste dalla lex specialis ma affermano che il prodotto garantisca comunque il buon esito dell'esame.

Tuttavia, la specifica tecnica richiesta, da allegato B1, era finalizzata a “*ottimizzare lo spazio d'installazione e per un maggior confort dell'operatore*”, non era previsto come requisito per la correttezza dell'esame diagnostico, di talché l'eventuale equivalenza operata in tal senso non

corrisponde alla *ratio* sottesa alla specifica tecnica in discorso. Pertanto, prive di pregio sono le osservazioni della controinteressata che afferma che “*Tra l’altro, le prestazioni del monitor orientabile di 180° sull’asse verticale e orizzontale sono assicurate dal tavolo a sollevamento elettrico.*” A tal riguardo, infatti, in disparte le superiori considerazioni del verificatore che è pervenuto alle sue conclusioni mediante la prova pratica dello strumento, la ricorrente ha aggiunto che “*in corso di prova l’apparecchiatura si è rilevata NON ORIENTABILE sull’asse orizzontale e solo minimamente inclinabile su quello verticale.*” Il verificatore, inoltre, ha evidenziato che “*avere la possibilità che l’operatore possa effettuare l’esame mettendosi addirittura alle spalle del paziente od in posizione intermedia tra il paziente e lo strumento, consente di pervenire agevolmente a garantire la supervisione nel corretto posizionamento del paziente. Un monitor a bordo macchina inclinabile (tiltable) solo sull’asse verticale, obbliga di fatto comunque l’operatore ad assumere una posizione speculare rispetto al paziente, a meno dell’utilizzo della postazione di lavoro (PC) in una modalità poco consona alla sua natura (utilizzo del mouse/tastiera per gestire i comandi dello strumento)*”.

Il giudizio di equivalenza formulato dalla Commissione su questa specifica caratteristica appare viziato, pertanto, considerato che la oggettiva non coincidenza delle caratteristiche offerte con quelle richieste dal bando non può essere superata dal raggiungimento dello scopo che, nel caso di specie, era previsto per ottimizzare lo spazio d’installazione e per un maggior confort dell’operatore, non in un determinato esito dell’esame diagnostico, il cui buon fine, pertanto, non rileva ai fini di cui in discorso.

3.3.4. Per quanto concerne il requisito minimo “Profondità di scansione: 2,3mm” dalla documentazione tecnica presentata dalla controinteressata emerge una “Profondità di scansione: 2,1 mm (pag. 11 scheda tecnica)”

Al riguardo la verificazione ha dato conto che “*La profondità di scansione è un parametro fisico che clinicamente consente all’operatore di acquisire nella scansione più parti anatomiche... Tale specifico parametro, peraltro, non si ritiene connesso alla frequenza di scansione che rappresenta, invece, la velocità di campionamento delle immagini (strati)*

acquisite durante l'esecuzione dell'esame OCT... La differenza fra 2,3 mm e 2,1 mm (quindi di circa 200 micron), è comunque da ritenere rilevante considerando le dimensioni del bulbo oculare (strutture di dimensioni micrometriche)".

A parere del Collegio già il fatto che la Stazione appaltante abbia previsto un determinato parametro fisico per una grandezza (2, 3 mm di profondità di scansione) sottende un obiettivo implicito che è, appunto, la capacità di analisi specifica corrispondente al parametro individuato e non ad altri parametri, ancorché vicini. In secondo luogo, in questo caso, il giudizio di equivalenza avrebbe potuto effettuarsi avendo chiara la *ratio* sottesa all'individuazione di quello specifico parametro (ad es. range di specifiche patologie da individuare), in mancanza dovendosi ritenere, sempre implicitamente, che la Stazione appaltante avesse necessità di un apparecchio con quelle specifiche caratteristiche. Di talché le osservazioni della controinteressata e del CTP dell'Amministrazione che affermano che tale lieve scostamento rientrerebbe nella fisiologica tolleranza diagnostica non possono trovare accoglimento, considerato che tale valutazione avrebbe dovuto essere operata dalla Commissione con un giudizio espresso che desse conto delle motivazioni addotte, in mancanza apparente tale giudizio di equivalenza contraddittorio. Tanto più che il CTP dell'Amministrazione afferma che *"vale la pena sottolineare ulteriormente che, uno dei fattori determinati per la scelta di una Angio OCT, non sia la profondità di scansione bensì sia quello relativo alla velocità di scansione, universalmente riconosciuto come parametro fondamentale in ambito scientifico: "...affinché possa essere rilevato tomograficamente il movimento dovuto al flusso ematico, è necessario, infatti, che l'algoritmo rilevi e scarti i pixel (o voxel in 3D) statici e riesca ad evidenziare, per sottrazione i pixel dinamici variabili nel tempo attraverso un processo informatico/matematico di decodificazione dei segnali, denominato decorrelazione. La velocità minima di scansione richiesta è di 70000 a-scan al secondo..." (Angiografia OCT dalla teoria alla pratica - Dott. Alfredo Pece, B.Lumbroso, F.Bandello, L.Pierro et al).* L'apparecchiatura OCT NIDEK RS 330 Duo 2 presenta dunque una velocità di scansione di gran lunga superiore a quella offerta dalla ditta Bioptika S.r.l., caratterizzata

da “soli” 50000 a-scan al secondo. Pertanto, si conferma che il prodotto Nidek può assolutamente soddisfare tutte le necessità diagnostiche.” In sostanza il CTP dell’Amministrazione sembra offrire una lettura del requisito di cui in discorso in uno con l’altro requisito della velocità di scansione, in modo tale da compensare la mancanza sul versante della profondità di scansione con quello relativo alla velocità della stessa. Tale operazione, tuttavia, avrebbe necessitato di una motivazione puntuale dell’amministrazione, che trovasse le proprie radici in una norma prevista dal bando da cui potersi desumere una interpretazione che, in realtà, sembra costituire uno stravolgimento del bando stesso.

3.3.5. Per quanto riguarda il requisito minimo del punto 7 dell’allegato B1 “Compensazione diottrica: da -33D a +40D” dalla documentazione tecnica presentata dalla controinteressata emerge che la “Compensazione diottrica dello strumento offerto dalla controinteressata va “Da -33 a +35 D totale (pag. 11 scheda tecnica)”.

La verificazione, prendendo atto della “*la limitazione nel valore positivo della compensazione diottrica con una differenza di +5D*”, ha affermato che “*La compensazione diottrica richiesta è una funzione che consente di compensare il difetto visivo, di cui potrebbe essere affetto il paziente in modo da poter effettuare correttamente l’esame OCT...*”. Anche qui valgono le stesse considerazioni effettuate per il parametro di grandezza fisica di cui al precedente punto 6. La stazione appaltante ha previsto un *range* specifico che la controinteressata non è in grado di assicurare con lo strumento offerto. La controinteressata afferma che il sistema garantisce “*un più che sufficiente range di compensazione diottrica complessiva sullo strumento*” ma non contesta, né potrebbe, una differenza di +5D.

Il CTP dell’Amministrazione afferma che “*la non analitica corrispondenza con quanto richiesto negli atti di gara (Compensazione diottrica da -33D a +40), non determina alcuna limitazione nella acquisizione dei parametri clinici/morfologici, in considerazione della rarissima incidenza di difetti refrattivi superiori alle 30 diottrie... L’OCT RS 330 Duo 2 garantisce, anche senza bisogno di lenti aggiuntive, un più che*

sufficiente range di compensazione diottrica complessiva sullo strumento, mentre i range di compensazione Neutra, Negativa e Positiva non possono avere alcuna influenza sull'operatività dello strumento. La lente aggiuntiva serve solamente per le immagini OCT della cornea”. Anche le affermazioni del CTP dell’Amministrazione confermano la mancanza del requisito minimo previsto dall’allegato B1 e il fatto che lo strumento garantisca un più che sufficiente range di compensazione diottrica complessiva non equivale a dire che possieda le caratteristiche richieste dal bando.

Anche in questo caso non si evince come la Commissione sia giunta ad operare il giudizio di equivalenza tra la minore ampiezza di compensazione diottrica offerta dallo strumento della controinteressata e il parametro maggiore richiesto dal requisito minimo dell’allegato B1, considerato che appare di intuitiva comprensione che una maggiore compensazione diottrica è preferibile, in uno strumento per le visite oculari, rispetto ad una minore e che, anche in questo caso, la motivazione della ritenuta equivalenza avrebbe necessitato di un corredo motivazionale più robusto da parte della Commissione.

3.3.6. Per quanto concerne il requisito di cui al punto n. 16 dell’allegato B1 “*Compensazione diottrica per occhio del paziente: •posizione neutra: da -13D a +12D •posizione -: da -12D a -33D •posizione +: da +11D a +40D •posizione per segmento anteriore senza componenti ottiche aggiuntive*” la verifica ha rilevato che l’apparecchiatura offerta dalla controinteressata presenta i seguenti parametri: “• *Da -33 a -7 D con lente di compensazione negativa da inserire materialmente nello strumento; Da -12 a +15 D con lente senza compensazione; Da +11 a +35 D con lente di compensazione positiva (pag. 11 scheda tecnica) con materiale inserimento della stessa nello strumento; Adattatore segmento anteriore: l’adattatore segmento anteriore consente*” L’apparecchio offerto dalla controinteressata, pertanto, a differenza di quanto richiesto dal requisito minimo, ha necessità, almeno per alcuni ambiti, dell’utilizzo di lenti di compensazione (almeno per l’osservazione e l’analisi del segmento anteriore).

Il CTP dell'amministrazione afferma che lo strumento, tuttavia, “garantisce un più che sufficiente range di compensazione diottrica complessiva sullo strumento e non determina, alcuna limitazione nella acquisizione dei parametri clinici/morfologici, non inficia la qualità dell'acquisizione e, pertanto, il risultato finale”.

Ora, è palese che il risultato raggiunto con l'utilizzo della lente di compensazione sia un risultato diagnostico valido e, pertanto, se l'equivalenza dovesse effettuarsi rispetto alla correttezza dell'esame diagnostico tale valutazione sarebbe sicuramente positiva. Tuttavia, il requisito generale minimo ha previsto che il risultato diagnostico, almeno per quanto riguarda l'esame del segmento anteriore, dovesse avvenire senza l'ausilio di una lente aggiuntiva, di talché appare intuitivo come lo strumento offerto dalla controinteressata non possa dirsi equivalente, né strutturalmente, né funzionalmente, a quanto richiesto dalla legge di gara.

3.3.7. Al punto 21 dell'allegato B1 è previsto il requisito minimo “Possibilità di memorizzazione delle immagini: “Direct DICOM”. Al riguardo la verificazione ha accertato che, come confermato dalla documentazione tecnica del prodotto, “*Il trasferimento delle immagini mediante lo standard DICOM è possibile ma può avvenire solo attraverso il software proprietario NIDEK denominato “NAVIS-EX”. Esso deve essere preventivamente installato e reso, pertanto, disponibile sulla postazione di lavoro (Personal Computer-PC). Senza la disponibilità di tale postazione (in termini di hardware necessario) non è possibile avere un collegamento diretto che possa garantire la trasmissione delle immagini in formato DICOM. Pertanto la funzionalità denominata “Direct DICOM”, ovverosia, invio diretto dallo strumento dell'immagine diagnostica dell'esame su un server/nodo DICOM per la sua conseguenziale memorizzazione, effettivamente non è disponibile...*”

Al riguardo la controinteressata e il CTP dell'Amministrazione affermano che “*Non si vede, tuttavia, come questo possa ravisarsi quale elemento di non conformità rispetto a quanto prescritto dalla lex di gara, posto che –appunto- la Stazione appaltante richiede che vi debba essere la possibilità di memorizzare le immagini in Direct Dicom, ma non impedisce che tale funzione sia correlata all'installazione di un software*”.

In realtà la stazione appaltante ha già previsto che la memorizzazione delle immagini debba avvenire direttamente Direct Dicom, e nella parola utilizzata è implicitamente chiaro che ciò debba avvenire senza l'ausilio di altri mezzi, come l'installazione di un software. Le motivazioni funzionali per le quali la Stazione appaltante abbia richiesto questo sistema di memorizzazione diretto non sono state esplicitate dal bando e, pertanto, un giudizio di equivalenza funzionale non può essere effettuato avendo, come termine di paragone, la memorizzazione *tout court* delle immagini, in quanto la *lex specialis* ha previsto una modalità precisa con cui deve avvenire tale memorizzazione. Dunque, anche in questo caso, il giudizio di equivalenza della Commissione senza una motivazione che spieghi le ragioni dello stesso è censurabile sotto il profilo della ragionevolezza, essendo evidente la mancanza, nel prodotto offerto dalla controinteressata, della caratteristica costituita dalla memorizzazione in via diretta delle immagini.

3.3.8. L'ordinanza con cui è stata disposta la verificazione prevedeva che il verificatore accertasse se il prodotto offerto dalla controinteressata possedesse o meno le caratteristiche tecniche minime indicate dall'amministrazione nel capitolato, all'allegato B1, quali fossero quelle tecnicamente difformi e se queste, tuttavia, potessero assumersi come equivalenti rispetto a quelle richieste. Il verificatore non ha risposto espressamente all'ultimo quesito, ma il Collegio ritiene che quanto emerso dalla verificazione sia sufficiente ai fini del giudizio.

Come evidenziato, infatti, il giudizio di equivalenza funzionale è una valutazione effettuata dalla Commissione di gara che, prendendo come riferimento il risultato che l'Amministrazione intende perseguire con l'individuazione di specifiche tecniche e/o i requisiti minimi nella *lex* di gara, verifica se lo stesso, in presenza di difformità, sia comunque raggiunto dal prodotto offerto dall'operatore economico, attraverso soluzioni alternative rispetto a quelle previste dal bando. Le ragioni sottese al giudizio di equivalenza sono maggiormente percepibili quando l'Amministrazione ha

esplicitato i fini a cui tendono le caratteristiche specificamente previste dal bando mentre, in caso contrario, e specialmente quando oggetto della gara siano strumenti in relazione ai quali le caratteristiche tecniche richieste sono rappresentate da grandezze espresse in parametri fisici, è necessario, davanti ad una difformità del prodotto offerto, una motivazione che dia conto delle ragioni del giudizio positivo, pena lo sconfinamento della discrezionalità dell'Amministrazione in arbitrarietà del giudizio.

Nel caso di specie, il bando di gara prevedeva che il prodotto offerto dovesse possedere le specifiche tecniche minime indicate nell'allegato B1. Tali requisiti minimi, solo per quanto riguarda il punto n. 4 “Monitor integrato LCD touch screen a colori orientabile di 180° sull'asse verticale e orizzontale” assocava al requisito minimo una finalità, “per ottimizzare lo spazio d'installazione e per un maggior confort dell'operatore”, orientando, in tal modo un eventuale giudizio di equivalenza. Per tutti gli altri parametri contestati (5, 6, 7, 16 e 21) l'allegato nulla prevedeva oltre il requisito minimo specifico e, pertanto, deve ritenersi che sia questo a dover orientare l'interprete nella giusta interpretazione del bando e nella valutazione, conseguente, del giudizio di equivalenza. Posto, infatti, che finalità pacifica dell'appalto fosse l'acquisizione di tomografi capaci di effettuare un corretto esame diagnostico, la cui specificità non è stata individuata, è evidente che sono le caratteristiche indicate nel bando che qualificano il macchinario offerto come aderente alle richieste o meno. In altre parole, per come è stata redatta la *lex specialis*, sono i requisiti minimi che individuano come idoneo uno strumento, perché sono la lente di cui l'Amministrazione si è dotata per esaminare il prodotto offerto. Allora, ad esempio, assume rilievo dirimente che il prodotto offerto dalla controinteressata non abbia una profondità di scansione di 2,3 mm, e a nulla vale assumere che la differenza sia minima, perché, in assenza dell'esplicitazione della finalità a cui è orientata la previsione proprio di quella profondità di scansione, un giudizio che ritenga lo strumento non possedere quella caratteristica, lungi dal rappresentare un'applicazione formalistica del

requisito in questione, è in linea proprio con il principio di funzionalità sostanziale, che, nel caso di specie, non può essere sostenuto, stante anche l'assenza di una motivazione.

Medesime considerazioni valgono per la mancanza, nello strumento offerto dalla controinteressata, della possibilità di memorizzazione delle immagini in modo diretto, “Direct DICOM”. È evidente che se la Stazione appaltante avesse avuto di mira solo la memorizzazione delle immagini, come finalità del requisito, non avrebbe indicato come requisito minimo la modalità con cui le stesse dovessero essere acquisite, ovvero, nel caso di specie, in modalità diretta. In presenza di un requisito minimo che prevede la memorizzazione dell’immagine in maniera diretta (e dunque senza l’ausilio di un software che deve essere installato su uno specifico pc) il giudizio di equivalenza effettuato dalla Commissione appare contraddittorio perché è la stessa formulazione letterale del requisito che induce a ritenere come la finalità non fosse l’acquisizione in qualsiasi modo dell’immagine, ma una modalità precisa di acquisizione, nel caso specifico diretta.

Anche per quanto riguarda la caratteristica del sistema, se completamente o parzialmente automatico, dalla formulazione del requisito è evidente che l’Amministrazione abbia richiesto un sistema completamente automatico, specificando anche che lo stesso dovesse funzionare “senza l’ausilio del joystick”. Dalla verifica effettuata è emerso, invece, che il sistema fosse parzialmente automatico in quanto l’acquisizione degli esami necessitava comunque dell’uso del joystick, per la traslazione orizzontale nel passaggio tra un occhio e l’altro, per attivare eye-traking all’allineamento con l’apice corneale. Posto che il prodotto offerto dalla controinteressata, con l’ausilio del joystick, è assolutamente idoneo ad effettuare un corretto esame diagnostico, è evidente che non possiede il (pre) requisito minimo richiesto e cioè che a tale esame diagnostico il sistema debba arrivare in maniera del tutto automatica.

3.3.9. Da tutto quanto evidenziato, emerge chiaramente che il principio di equivalenza funzionale, nel caso di specie, per poter essere correttamente applicato, stante la motivazione implicita assunta dall'amministrazione, avrebbe necessitato di una formulazione del bando che, accanto all'individuazione del requisito minimo, ne indicasse anche lo scopo, il risultato da raggiungere, in modo da orientare la Commissione nella valutazione di equivalenza. In mancanza, la valutazione della Commissione avrebbe necessitato di una motivazione puntuale che desse conto delle ragioni per cui, nonostante la differenza sostanziale del prodotto offerto rispetto a quello richiesto, tuttavia lo stesso era stato ritenuto equivalente.

2.4. Il Collegio, infine, con riferimento alla censura relativa al cd. bando fotografia sollevata dalla controinteressata osserva quanto segue.

Con le memorie depositate il 30.04.2025 e il 23.05.2025, la difesa della controinteressata ha censurato il fatto che solo la Bioptika potesse offrire uno strumento con tutte le caratteristiche previste dal bando e, dunque, nel caso in cui la Commissione non avesse applicato il principio di equivalenza funzionale, si sarebbe stati al cospetto di un cd. bando fotografia.

La fattispecie del cd. bando fotografia, invero, si verifica laddove la prestazione oggetto del contratto di appalto è delineata dalla *lex specialis* di gara in modo tale che un solo operatore economico sia in grado di prestarla e, conseguentemente, possa partecipare alla procedura selettiva (cfr. T.A.R. Trieste, sez. I, 24.04.2017, n.133).

Tale ipotesi non è configurabile nel caso di specie.

La ricorrente, infatti, ha prodotto in atti la documentazione di tre apparecchiature (due in gara) che rispondono alle caratteristiche previste dall'Ente. In particolare ha evidenziato che “*Per quanto riguarda il Canon Xephilio OCT e l'Opropol Revo FC, gli stessi sono privi esclusivamente dello schermo integrato orientabile, ma trattasi di una sola caratteristica e non di sei come la macchina offerta dall'odierna controinteressata. La terza apparecchiatura di cui si è depositata brochure, ovvero l'OCT500 di Essilor, ha invece tutte le caratteristiche richieste*”.

Le osservazioni della controinteressata non conducono alla confutazione di tali assunti. Invero la stessa afferma che tutte le apparecchiature menzionate dalla ricorrente non posseggono contemporaneamente tutti i requisiti previsti dalla stazione appaltante, a differenza del solo prodotto offerto dalla ricorrente. Afferma, inoltre, che il prodotto offerto dalla Essilor non sarebbe altro che quello commercializzato dalla Bioptika, con ciò ritenendo di confermare quanto assunto.

La controinteressata, tuttavia, non ha provato tale ultima affermazione, non potendosi ritenere che il deposito di una dichiarazione dell'Amministratore Unico rappresentante legale della ditta controinteressata stessa possa costituire prova di una tesi a sé favorevole, supportata dal mero rinvio ad un link.

La ricorrente, dunque, ha adeguatamente evidenziato l'infondatezza dell'assunto della parte controinteressata secondo cui, in assenza dell'applicazione del principio di equivalenza funzionale si sarebbe di fronte ad un cd. bando-fotografia, ritenuto illegittimo dalla giurisprudenza. Nel caso di specie, infatti, posto che altri operatori economici possedevano più requisiti della controinteressata aderenti alle specifiche minime richieste, è stato provato, con il deposito della brochure relativa, che sul mercato è presente un altro strumento, oltre quello offerto dalla ricorrente, che le possiede tutte.

Non corrisponde pertanto al vero che il bando avrebbe consentito la partecipazione solo della ditta ricorrente.

4. Per tutti i motivi sopra esposti, dunque, ferma restando al discrezionalità dell'Amministrazione nella verifica del possesso, da parte dei prodotti offerti dagli operatori economici partecipanti alla gara, delle caratteristiche richieste dal bando, anche con riferimento all'applicazione del principio di equivalenza funzionale, che la giurisprudenza ritiene applicabile trasversalmente alle procedure, indipendentemente da un richiamo in tal senso nella legge di gara, e ferma restando l'insindacabilità della valutazione effettuata dall'Amministrazione da parte del giudice amministrativo, salvo i casi di

ccesso di poteri, travisamento dei fatti, abnorme irragionevolezza o illogicità, il Collegio ritiene che nel caso di specie vi siano vizi manifesti che consentono il sindacato giurisdizionale.

Invero la Commissione di gara, dinnanzi alla mancanza, nello strumento offerto dalla controinteressata aggiudicataria, di ben 6 su 18 requisiti minimi richiesti dal bando, ha effettuato una valutazione di equivalenza senza tuttavia motivare in relazione all'adeguatezza funzionale dello strumento rispetto alle finalità delle caratteristiche richieste dal bando.

Tale valutazione di equivalenza, pertanto, priva di una motivazione espressa e non ricorrendo un'ipotesi in cui la motivazione potesse essere implicita, appare irragionevole se la si rapporta alle oggettive difformità dello strumento offerto rispetto a quanto richiesto del bando di gara, così come specificamente analizzato nei paragrafi che precedono, tanto più che, nonostante le numerose difformità di caratteristiche e prestazioni, l'Amministrazione ha attribuito il punteggio massimo alla controinteressata per le "Caratteristiche generali del tomografo a coerenza ottica".

5. Per le ragioni sopra esposte il ricorso va accolto e, per l'effetto, è annullata l'aggiudicazione disposta nei confronti della controinteressata Pharma -j s.r.l.

Quanto alle conseguenze in ordine al contratto, deve applicarsi l'art. 122 c.p.a., secondo cui "*Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*".

Sul punto, il Consiglio di Stato ha precisato che "*in caso di accoglimento del ricorso avente ad oggetto l'aggiudicazione di una gara pubblica, deve essere dichiarata, se richiesta, anche l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di annullamento, disponendo con la medesima decorrenza, il*

subentro nel contratto del legittimo aggiudicatario; il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni che possano ostacolare il subentro nel rapporto, quali la durata del contratto e la parte di esso che deve essere ancora eseguita" (Cons. Stato sez. V, 26.07.2017, n. 3679).

Alla luce di tali elementi di valutazione, il Collegio ritiene sussistere i presupposti per la declaratoria di inefficacia del contratto.

Difatti, dal bando di gara risulta che l'appalto in questione ha una durata di 24 mesi; e non risulta che il contratto sia stato stipulato.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Nona), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, o accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione disposta in favore della ditta Pharma-J s.r.l.

Dichiara inefficace il contratto eventualmente stipulato tra l'amministrazione resistente e la controinteressata aggiudicataria Pharma-J s.r.l.

Condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi € 10.000,00, oltre oneri di legge.

Condanna, altresì, l'Amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento del compenso dei verificatori, richiesto con nota depositata il 4.04.2025, che il Collegio ritiene congruo liquidare in € 1.800,00 ciascuno, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Rosaria Palma, Primo Referendario

Alessandra Vallefuoco, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Vallefuoco

IL PRESIDENTE
Guglielmo Passarelli Di Napoli

IL SEGRETARIO