

Le specifiche tecniche ed il riferimento ad un prodotto determinato: oneri motivazionali ed illegittimità

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 17-3-2017

1.Si pone in violazione con l'art. 68, D.Lgs. 50/2016, e deve essere conseguentemente annullata, la clausola del bando di gara che, nelle specifiche tecniche, richieda la fornitura di un determinato bene menzionando una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, ovvero faccia riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti.

2.Nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile, senza la menzione o il riferimento di cui all'art. 68 D.Lgs. 50/2016, la menzione o il riferimento devono essere accompagnati dall'espressione "o equivalente".

3.Negli appalti pubblici la clausola di equivalenza non trova applicazione indipendentemente dall'espressa previsione della lex specialis, perché le norme destinate a disciplinare la gara hanno valore di lex specialis, le quali non vanno integrate da quelle operative ai sensi dell'art.1339 Cod. civ., dovendo in tal caso il giudice amministrativo non certo annullare la legge di gara bensì annullare, ove sia stata ritualmente impugnata nei termini, la clausola del bando che fissi specifiche tecniche ristrette in violazione di quanto previsto nell'art.68 comma 4 D.L.vo 12 aprile 2006 n.163 con conseguente illegittima esclusione del concorrente che abbia presentato un prodotto equivalente.(1)

(1) Conformi: Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n.4364; Cons. St. sez. V, 8 aprile 2014, n.1666; sez. V, 24 febbraio 2017, n.868

Guida alla lettura

La pronuncia che si annota, assume in particolare interesse in ordine alla portata applicativa della disposizione di cui all'art. 68 D.Lgs. 50/2016, rubricato "Disposizioni tecniche". Il sesto comma dell'articolo in esame, in particolare, prevede che *"salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»*.

Sulla base delle coordinate fissate dalla norma appena citata, il T.A.R. Calabria - Catanzaro dichiara l'illegittimità, con conseguente annullamento, della clausola del capitolato di gara che, nell'ambito di un sistema dinamico di acquisto per la fornitura di farmaci ed emoderivati per le aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Calabria, prevedeva per un determinato lotto la fornitura di un farmaco per la cura della fibrosi cistica, unitamente all'apparecchio per aerosol terapia a nebulizzazione ad ultrasuoni I-neb. Tale specifico apparecchio, tuttavia, era in dotazione esclusiva della società controinteressata. La ricorrente, nella sua qualità di concessionaria non esclusiva antibiotico per il trattamento di infezioni batteriche varie, tra cui quelle polmonari, lamentava, pertanto, l'illegittimità di detta previsione della lex specialis, siccome contraria al Codice degli appalti, nonché ai principi di libera ed effettiva concorrenza e di *par condicio*.

Il Collegio del capoluogo calabrese, nell'accogliere il ricorso, ha modo di evidenziare come *"a) tale specifico nebulizzatore richiesto costituisce accessorio in dotazione esclusiva di una specifica ditta; b) tale nebulizzatore non costituisce l'unico in commercio utilizzabile con la detta materia principale; d'altro canto, la circostanza che non sia necessario l'utilizzo dell'accessorio I-Neb per l'inalazione del farmaco in questione viene comprovata, come osservato da parte ricorrente, dallo stesso foglietto illustrativo del farmaco della società Zambon Italia s.r.l. secondo cui Promixin viene inalato da un dispositivo detto nebulizzatore. Si può prendere Promixin utilizzando qualsiasi sistema nebulizzante atto a rilasciare l'antibiotico nei polmoni sotto forma di nebbiolina; c) non sussistono adeguate e ragionevoli ragioni a supporto di tale scelta escludente/restrittiva"*. Con ciò, per un verso, affermando la legittimazione della ricorrente alla immediata impugnazione del bando di gara; per altro verso, dichiarando che la clausola impugnata, anche alla luce degli insoddisfacenti chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, è affetta da illegittimità nella misura in cui, richiedendo la fornitura del nebulizzatore I-neb, fa *"riferimento ad una caratteristica tecnica tutt'affatto indispensabile in assenza di specifiche ragioni a sostegno di tale scelta, dimodochè il non avere previsto la necessaria dicitura "o equivalente", pone la clausola in palese violazione dell'art. 68 d.lgs. n. 50/2016"*.

La sentenza in esame, infine, afferma che non è praticabile l'opzione della eterointegrazione della clausola in esame, ai sensi dell'art. 1339 c.c., per come già affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, in virtù della quale *"la clausola di equivalenza non trova applicazione indipendentemente dall'espressa previsione della lex specialis, perché le norme destinate a disciplinare la gara hanno valore di lex specialis, le quali non vanno integrate da quelle operative ai sensi dell'art.1339 Cod. civ., dovendo in tal caso il giudice amministrativo non certo annullare la legge di gara bensì annullare, ove sia stata ritualmente impugnata nei termini, la clausola del bando che fissi specifiche tecniche ristrettive in violazione di quanto previsto nell'art.68 comma 4 D.L.vo 12 aprile 2006 n.163 con conseguente illegittima esclusione del concorrente che abbia presentato un prodotto equivalente"* (Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n.4364; Cons. St. sez. V, 8 aprile 2014, n.1666; sez. V, 24 febbraio 2017, n.868).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1658 del 2016, proposto da:

Teva Italia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Bonatti, Maria Rosaria Russo Valentini, Francesco Sacchi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Sacchi in Catanzaro, via Jannoni, 43;

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Falduto, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro loc. Germaneto (Cittadella Reg.Le);

Stazione Unica Appaltante - Regione Calabria non costituita in giudizio;

Azienda Ospedaliera "Pugliese Ciaccio" Catanzaro non costituita in giudizio;

Azienda Ospedaliera "Mater Domini" Catanzaro non costituita in giudizio;

Azienda Ospedaliera "Annunziata" di Cosenza non costituita in giudizio;

Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro non costituita in giudizio;

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza non costituita in giudizio;

Asp - Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria non costituita in giudizio;

Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia non costituita in giudizio;

Azienda Sanitaria Provinciale di Crotona non costituita in giudizio;

Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Anna Curatolo, domiciliato ex art. 25 cpa presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;

nei confronti di

Zambon Italia Srl, in persona del l.r.p.t., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del bando semplificato, del capitolato speciale, del disciplinare di gara e dei loro rispettivi allegati per il quarto confronto concorrenziale nell'ambito del SDA per la fornitura di farmaci, nella parte relativa al lotto n. 95 (principio attivo: colistimetato sodico);
- dei chiarimenti resi in sede di gara in relazione al medesimo lotto n. 95;
- per quanto occorrer possa, degli atti istitutivi del sistema dinamico di acquisto;
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente, anche non cognito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Calabria e di Azienda

Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2017 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Teva Italia s.r.l. ha premesso di essere concessionaria per la commercializzazione e la distribuzione in Italia del farmaco Pseudoneb®, antibiotico per il trattamento di infezioni batteriche varie, tra cui quelle polmonari, utilizzato, tra l'altro, nella terapia per pazienti affetti da fibrosi

cistica, farmaco avente principio attivo colistimetato sodico o colistina.

Ha specificato che se la somministrazione del farmaco avviene per via aerea, mediante aerosol, essa richiede un nebulizzatore, ossia un dispositivo in grado di sciogliere la polvere e di consentire l'inalazione da parte del paziente, evidenziando che sono presenti in commercio diversi dispositivi, anche con caratteristiche differenti, ugualmente adatti per la somministrazione di

colistimetato sodico in polvere, indipendentemente dal produttore.

Ha rappresentato che solo uno dei farmaci interessati dal detto principio attivo viene venduto già in combinazione con il comodato d'uso gratuito di un proprio nebulizzatore: si tratta di Promixin®, che viene fornito con il dispositivo denominato I-Neb, brevettato da Philips S.p.A.

Tanto premesso parte ricorrente ha riferito della pubblicazione nella GUEE dei bandi, con i quali la Stazione Unica Appaltante della Regione Calabria ha avviato il quarto confronto concorrenziale nell'ambito di un sistema dinamico di acquisto per la fornitura di farmaci ed emoderivati per le aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Calabria, per la durata di dodici mesi.

In particolare, l'unico lotto avente ad oggetto la fornitura di colistimetato sodico è il n. 95; l'allegato A al disciplinare configura le caratteristiche tecniche di tale lotto mediante descrizione della forma farmaceutica (fiale da 1 milione di UI per aerosolica), ma prescrive nelle "note" che "la ditta aggiudicataria dovrà fornire apparecchio per aerosol terapia a nebulizzazione ad ultrasuoni I-neb" ossia il nebulizzatore specifico indicato mediante il nome commerciale (I-Neb) fornito solo da Zambon.

Teva Italia ha così chiesto chiarimenti, al fine di comprendere se la fornitura di INeb fosse richiesta a pena di esclusione ovvero se fosse possibile la partecipazione alla gara concorrenziale con l'offerta del solo principio attivo.

A tale quesito, la stazione appaltante ha fornito riscontro ritenuto dalla ricorrente non soddisfacente.

Teva Italia ha, quindi, impugnato gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi:

I. Illegittimità della lex specialis nella parte relativa al lotto n. 95 per: A) Violazione di legge ed

eccesso di potere per violazione dei principi di effettiva concorrenza e di par condicio, nonché per omessa motivazione in ordine alla ritenuta infungibilità del dispositivo I-NEB; B) Violazione di legge per violazione degli artt. 56 E 57 del D.LGS. n. 163/06 e degli artt. 60-63 del D.LGS. n. 50/2016 ed eccesso di potere per sviamento, per la previsione di una fittizia gara aperta sul lotto n. 95, mentre solo l'impresa in grado di fornire I-NEB vi può partecipare senza concorrenza, con conseguente violazione dei limiti in cui è consentito il ricorso a procedure negoziate; C) Violazione di legge per violazione dell'art. 68 D.LGS. n. 163/06 e dell'art. 68 D.LGS. n. 50/2016 per la previsione di specifiche tecniche del lotto n. 95 senza la dicitura "o equivalente": a) la scelta dell'Amministrazione, di consentire la partecipazione alla gara per il colistimetato sodico soltanto se l'impresa è in grado di fornire gratuitamente anche il dispositivo specifico I-Neb richiesto, snaturerebbe il senso della "gara pubblica". L'aver strutturato la gara nel senso di riservare il lotto n. 95 solo a chi offre il dispositivo INeb, fornito per il colistimetato sodico solo ed in esclusiva da Zambon, rappresenterebbe un'illegittima determinazione della Pubblica Amministrazione almeno nella misura in cui viene del tutto omessa qualsiasi motivazione in merito e, di conseguenza, aggirato quello stringente onere motivazionale che la normativa vigente in materia di appalti prevede ogniqualvolta la P.A. non svolge una gara in termini concorrenziali; b) il lotto n. 95, nel richiedere la fornitura del nebulizzatore I-Neb, farebbe riferimento ad una caratteristica tecnica tutt'affatto indispensabile, senza corredarla della necessaria dicitura "o equivalente", in palese violazione dell'art. 68 d.lgs. n. 163/06 (e dell'art. 68 d.lgs. n. 50/2016); né supplirebbe a tale lacuna la risposta al chiarimento fornita dalla Stazione Appaltante, che non sarebbe soddisfacente; c) non parrebbero, pertanto, sussistere le condizioni indicate dalla giurisprudenza per l'indicazione di una specifica tecnica a pena di esclusione, tanto più perché attinente non già al prodotto principale oggetto della gara (il farmaco nel dosaggio richiesto) ma ad un prodotto accessorio non indispensabile (il nebulizzatore);

2. Violazione di legge per violazione dell'art. 95 D.LGS. n. 50/2016; Violazione di legge ed eccesso di potere per violazione della lex specialis nella parte in cui prevede che la scelta del contraente avvenga utilizzando il criterio del prezzo più basso; Violazione di legge ed eccesso di potere per violazione del principio di concorrenza e di massima partecipazione alle gare: a) la scelta dell'Amministrazione di consentire la partecipazione al lotto n. 95 soltanto alle imprese in grado di fornire gratuitamente anche il nebulizzatore I-Neb appare non coerente con il criterio di aggiudicazione prescelto, che è quello del prezzo più basso, in quanto soltanto Zambon sarà in grado di formulare un'offerta tecnicamente idonea, e di conseguenza soltanto quell'offerta giungerà alla fase di valutazione sul prezzo; b) se, al contrario, l'Amministrazione avesse voluto valorizzare anche il dispositivo medico accessorio ed eventuale per la somministrazione del farmaco, ed in particolare le caratteristiche tecniche del dispositivo stesso, allora avrebbe dovuto optare per il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche tenuto conto che l'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 (il bando semplificato è successivo all'entrata in vigore del nuovo codice), considera tale criterio di aggiudicazione come quello preferenziale e limita l'uso del criterio del prezzo più basso ai casi, tra gli altri, di "forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato".

2. La Regione Calabria si è costituita in giudizio per resistere, ritenendo, preliminarmente, che, alla luce dell'art.8 del Capitolato e della risposta fornita, il ricorso sarebbe inammissibile in

quanto fondato su presupposti non pertinenti.

3. Con istanza del 7 febbraio 2017 la società TEVA Italia srl ha chiesto la cancellazione della causa dal ruolo, in quanto, essendo la gara ancora in corso, “appare opportuno attendere di verificare come la commissione di gara intenda applicare il chiarimento in questione e, in particolare, se l’offerta di Teva Italia sia ritenuta ammissibile o no”.

4. In data 23 febbraio 2017 l’Azienda Ospedaliera “Bianchi Melacrino Morelli” di Reggio Calabria si è costituita eccependo preliminarmente il difetto di legittimazione passiva della stessa ed instando per il rigetto del ricorso.

5. Alla pubblica udienza del 28 febbraio 2017 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va esaminata l’eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall’Azienda Ospedaliera Bianchi – Melacrino – Morelli, che si sarebbe limitata a riferire il fabbisogno dei farmaci oggetto di gara.

Il Collegio ritiene che, invece, sussista la legittimazione passiva delle Aziende Ospedaliere intime; infatti le stesse, che hanno fatto ricorso alla SUA per l’acquisizione di beni destinati a soddisfare i loro fabbisogni, secondo quanto emerge specificamente dai contestati chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, hanno, peraltro, richiesto espressamente l’inserimento del farmaco relativo al lotto n.95 per i pazienti affetti da “fibrosi cistica”.

2. Quanto all’istanza di cancellazione dal ruolo della causa, essa non può essere accolta.

Il Collegio ritiene, infatti, non ammissibile l’istanza nel rito relativo agli appalti pubblici nel quale, ai sensi dell’art. 120, sesto comma, del codice del processo amministrativo, l’udienza di trattazione è fissata d’ufficio entro un termine stabilito dalla legge.

Comunque, il Collegio condivide l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale non esiste norma giuridica o principio ordinamentale che attribuisca alle parti in causa il diritto al rinvio della discussione del ricorso, atteso che le stesse hanno solo la facoltà di illustrare le ragioni che potrebbero giustificare il differimento dell’udienza o la cancellazione della causa dal ruolo, ma la

decisione finale in ordine ai concreti tempi della decisione spetta comunque al giudice; e ciò in quanto la richiesta di cancellazione della causa dal ruolo ovvero di rinvio della trattazione di una causa deve trovare il suo fondamento giuridico in gravi ragioni idonee ad incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite, atteso che, pur non potendo dubitarsi che anche il processo amministrativo è regolato dal principio dispositivo, in esso non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti (Cons. St. sez. V, 22 febbraio 2016 n.700; sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6414).

Nel caso di specie, l'istanza è motivata dalla circostanza che, essendo la gara ancora in corso, *“appare opportuno attendere di verificare come la commissione di gara intenda applicare il chiarimento in questione e, in particolare, se l'offerta di Teva Italia sia ritenuta ammissibile o no”*.

Alla luce di quanto sopra, il Collegio, fermo restando il potere della parte ricorrente di proporre nuovo ricorso avverso nuovi provvedimenti relativi al lotto in questione, non avendo la stessa dichiarato la mancanza di interesse alla presente decisione, a fronte degli speciali termini imposti dal rito appalti ed in assenza delle gravi ragioni legittimanti il rinvio, ritiene di dover trattenere in decisione il ricorso.

3. Venendo all'esame del ricorso, l'articolo 8 del Capitolato Speciale recita testualmente: *“Qualora venga offerta una specialità la cui somministrazione richiede l'utilizzo di dispositivi medici specifici, l'Operatore Economico è tenuto a fornirli gratuitamente per tutta la validità del contratto. Pertanto, il prezzo offerto si intende comprensivo della fornitura in uso gratuito degli stessi. I dispositivi devono essere conformi alla direttive CEE vigenti in materia e conseguentemente marchi CEE.”*

Relativamente a quanto richiesto al lotto N. 95 in questione, si è precisato in capitolato che la ditta aggiudicataria dovrà fornire apparecchio per aerosol terapia a nebulizzazione ad ultrasuoni INeb.

Sul Forum di gara, l'amministrazione ha fornito i seguenti chiarimenti: *“L'inserimento del farmaco relativo al lotto N. 95 è stato richiesto espressamente dalle Aziende Sanitarie Provinciali per i pazienti affetti da “fibrosi cistica”. Si precisa che il sistema di erogazione del farmaco permette l'ottimizzazione della somministrazione del farmaco evitandone la dispersione nell'ambiente. Determina una maggiore erogazione del farmaco. Consente la riduzione del volume di soluzione utilizzato e riduce i tempi di somministrazione, offrendo così notevoli vantaggi per il paziente e garantendo così il monitoraggio dell'aderenza dei pazienti alla terapia. E comunque la Commissione si riserva di valutare le offerte che perverranno relativamente allo stesso principio attivo, via di somministrazione, stesso dosaggio e forma farmaceutica”*.

Parte ricorrente, che, per come esposto in fatto, è concessionaria (non esclusiva) del principio attivo in questione, si duole della circostanza che tale previsione di gara, in sostanza, eluda i principi della gara pubblica, consentendo solo alla Zambon, che ha in esclusiva l'utilizzo in comodato d'uso gratuito dell'erogatore specificamente richiesto, di formulare un'offerta

“idonea”; né l'interpretazione fornita dall'amministrazione risolverebbe i dubbi interpretativi al riguardo.

4. Il ricorso è fondato e va accolto nei termini che seguono.

4.1. Ritiene preliminarmente il Collegio che sussiste la legittimazione dell'operatore economico in questione a impugnare il bando de quo che impone alla ditta aggiudicataria di dover fornire apparecchio per aerosol terapia a nebulizzazione ad ultrasuoni INeb e che

pertanto, di fatto, introduce una clausola escludente o comunque restrittiva.

E ciò ove si tenga presente che:

- a) tale specifico nebulizzatore richiesto costituisce accessorio in dotazione esclusiva di una specifica ditta;
- b) tale nebulizzatore non costituisce l'unico in commercio utilizzabile con la detta materia principale; d'altro canto, la circostanza che non sia necessario l'utilizzo dell'accessorio I-Neb per l'inalazione del farmaco in questione viene comprovata, come osservato da parte ricorrente, dallo stesso foglietto illustrativo del farmaco della società Zambon Italia s.r.l. secondo cui *"Promixin viene inalato da un dispositivo detto nebulizzatore. Si può prendere Promixin utilizzando qualsiasi sistema nebulizzante atto a rilasciare l'antibiotico nei polmoni sotto forma di nebbiolina"*;
- c) non sussistono adeguate e ragionevoli ragioni a supporto di tale scelta escludente/restrittiva.

4.2. Né la risposta alla richiesta di informazioni riesce a superare i detti limiti.

Infatti, da una parte l'amministrazione espone le ragioni della scelta, sia pure in termini generici e non supportati da dati tecnici e soprattutto senza chiarire le ragioni per le quali lo stesso effetto non potrebbe essere ottenuto con un nebulizzatore equivalente, dall'altra riserva comunque alla Commissione la valutazione delle offerte e le determinazioni conseguenti.

4.3. Orbene, ritiene il Collegio che il lotto n. 95, nel richiedere la fornitura del nebulizzatore I-Neb, fa riferimento ad una caratteristica tecnica tutt'affatto indispensabile in assenza di specifiche ragioni a sostegno di tale scelta, dimodochè il non avere previsto la necessaria dicitura *"o equivalente"*, pone la clausola in palese violazione dell'art. 68 d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui *"6. Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione "o equivalente"*) e comunque, più in generale, in contrasto con i principi di libera ed effettiva concorrenza e di par condicio.

Da quanto esposto ne consegue che la previsione dello specifico nebulizzatore e mancata menzione del termine *"o equivalente"* pregiudicano la legittimità della clausola contestata e legittimano l'impugnazione della stessa da parte della società ricorrente, non in possesso del nebulizzatore richiesto.

4.4. Nè si può affermare, poi, che sarebbe possibile integrare le norme della *lex specialis* con

quelle imperative ex art.1339 c.c., consentendo la complessiva lettura della disciplina di gara nel senso di ritenere operante nella fattispecie il principio di affidamento.

Il Consiglio di Stato ha già chiarito che *“Negli appalti pubblici la clausola di equivalenza non trova applicazione indipendentemente dall’espressa previsione della lex specialis, perché le norme destinate a disciplinare la gara hanno valore di lex specialis, le quali non vanno integrate da quelle operative ai sensi dell’art.1339 Cod. civ., dovendo in tal caso il giudice amministrativo non certo annullare la legge di gara bensì annullare, ove sia stata ritualmente impugnata nei termini, la clausola del bando che fissi specifiche tecniche ristrettive in violazione di quanto previsto nell’art.68 comma 4 D.L.vo 12 aprile 2006 n.163 con conseguente illegittima esclusione del concorrente che abbia presentato un prodotto equivalente”* (Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n.4364; Cons. St. sez. V, 8 aprile 2014, n.1666; sez. V, 24 febbraio 2017, n.868).

4.5. L’illegittimità della clausola del bando-disciplinare, nella parte in cui prevede che la ditta aggiudicataria dovrà fornire apparecchio per aerosol terapia a nebulizzazione ad ultrasuoni INeb, comporta l’annullamento della stessa nei limiti in cui pone le dette restrizioni, con assorbimento logico delle ulteriori doglianze, formulate in stretta connessione con la specificità della fornitura richiesta.

5. Conclusivamente, il ricorso va accolto e la clausola restrittiva in questione va conseguentemente annullata.

6. Le spese vengono poste a carico della Regione e Stazione Unica Appaltante Regione Calabria e liquidate come in dispositivo; vengono, invece, compensate nei confronti delle Aziende Ospedaliere intime.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in parte motiva e, per l’effetto, annulla la relativa clausola restrittiva nei detti limiti.

Condanna la Regione e la Stazione Unica Appaltante, in persona dei ll.rr.pp.tt., al pagamento delle spese di lite, in favore della società ricorrente, che liquida complessivamente in € 1.500,00 oltre accessori di legge; compensa le spese nei confronti delle Aziende Ospedaliere.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2017 con l’intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Nicola Durante, Consigliere



Giuseppina Alessandra Sidoti, Referendario, Estensore