

Il ruolo dei principi di risultato e di fiducia, in relazione a quello euro-unitario di equivalenza funzionale

di Davide Cozzolino

Data di pubblicazione: 11-6-2024

Il particolare ruolo che il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce ai due principi che guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione del nuovo impianto normativo di settore e della disciplina di gara, ovvero sia il principio del risultato e il correlato principio della fiducia.

Il primo, previsto dall'art. 1 del predetto D.lgs. n. 36 del 2023, costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" ed è legato da un nesso inscindibile con la "concorrenza", la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento.

Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del D.lgs. n. 36 del 2023, porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e, dunque, investe anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

Pubblicato il 06/05/2024

N. 02959/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00846/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 846 del 2024, proposto da Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Della Fontana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Aorn Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Sorrentino, Antimo D'Alessandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari, Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- 1)- della deliberazione n. 39 del 17/1/2024 del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta (doc. 1) con la quale è stato preso atto degli esiti della gara telematica (RdO n. 3310730) espletata sulla piattaforma MEPA e per l'effetto è stata affidata a Johnson & Johnson Medical S.p.A. la fornitura semestrale del lotto 2 di gara (CIG A03EA10E69);
- 2)- delle operazioni di gara ed in particolare di quelle documentate nei verbali delle sedute del seggio di gara nonché della valutazione di conformità effettuata sul prodotto offerto dalla controinteressata dalla UOC Farmacia Ospedaliera;
- 3)- della proposta di aggiudicazione del lotto 2 di gara del Direttore UOC Provveditorato ed

Economato;

4)- di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale, presentato da Johnson & Johnson Medical S.p.A. il 4/3/2024,

per l'annullamento:

- della Deliberazione D.G. n. 39 del 17.1.2024, nella parte in cui l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta, recependo le risultanze delle attività svolte dagli Organi tecnici di gara, nell'ambito della procedura negoziata senza bando, espletata sulla piattaforma MePA, "per la fornitura semestrale di medicazioni generali e specialistiche. RDO n. 3910730", non ha escluso dal Lotto n. 2 della gara de qua (CIG A03EA10E69) l'offerta presentata da Baxter S.p.A., malgrado la stessa fosse: (i) superiore sia al "valore massimo ammesso" dalla normativa di gara, sia "all'importo presunto di fornitura", e/o (ii) incompleta e parziale;

- della proposta di aggiudicazione del Direttore U.O.C. Provveditorato ed Economato, nella parte in cui non è stata proposta l'esclusione di Baxter S.p.A. dal Lotto n. 2 della gara de qua per i predetti vizi;

- di tutti i verbali delle operazioni concorsuali e segnatamente del verbale n. 3 del 15.1.2024, concernente la seduta del Seggio di gara di apertura delle offerte economiche, sia nella parte in cui non è stata esclusa dal Lotto n. 2 della gara de qua l'offerta presentata da Baxter S.p.A., malgrado la stessa fosse (i) superiore sia al "valore massimo ammesso" dalla normativa di gara, sia "all'importo presunto di fornitura", e/o (ii) incompleta e parziale;

- se e per quanto occorrere possa, della lex specialis di gara, e segnatamente della Deliberazione D.G. n. 1121 del 14.12.2023 dell'AORNAS Caserta, nonché dell'Allegato A/8 al Disciplinare di gara, ove la prescrizione relativa alla descrizione dell'oggetto del Lotto n. 2 dovesse interpretarsi in senso limitativo della concorrenza, consentendo la partecipazione alla gara dell'unico Operatore economico in grado di offrire la "medicazione emostatica per uso chirurgico" da fornire "in Confezione monodose da 5 ml +/- 1 ml";

- di ogni altro atto e provvedimento ad essa presupposti, conseguenti o connessi, anche non cognitivi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Aorn Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta e della Johnson & Johnson Medical S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2024 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società ricorrente ha dedotto le seguenti circostanze di fatto:

con deliberazione del Direttore Generale n. 1121 del 14/12/2023, la resistente Azienda Ospedaliera aveva indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 25 del D.Lgs. 36/2023, mediante richiesta di offerta (RdO) sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA), per l'affidamento semestrale della fornitura di medicazioni generali e specialistiche articolata in tre lotti, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso per prodotto conforme ai sensi dell'art. 108 comma 3 del D.Lgs. 36/2023;

tra i lotti di gara era compreso il lotto 2 (CIG A03EA10E69), avente ad oggetto la fornitura di *“Medicazione emostatica per uso chirurgico a base di gelatina animale e trombina umana con applicatore endoscopico, gel emostatico uso intraoperatorio, coadiuvante dell'emostasi in procedure invasive. Confezione monodose da 5 ml +/- 1 ml”*, per un quantitativo semestrale di 432 pezzi;

alla selezione, oltre alla ricorrente, aveva partecipato anche la Johnson & Johnson Medical S.p.A., risultata, all'esito della gara, aggiudicataria in virtù della deliberazione n. 39 del 17/1/2024;

quest'ultima aveva recepito la proposta all'uopo formulata dal Direttore UOC Provveditorato ed Economato che aveva ritenuto di affidare alla Johnson & Johnson Medical S.p.A la fornitura in oggetto al prezzo di € 57.780,00 IVA esclusa, comprensiva di applicatore endoscopico a titolo di sconto, nonostante l'offerta presentata per il conteso lotto avesse ad oggetto il prodotto Surgiflo 8 ml che, stante il suo dosaggio (appunto 8 ml), non avrebbe potuto essere ritenuta conforme a quanto richiesto dalla stazione appaltante nell'apposito capitolato tecnico.

Nell'insorgere avverso la sopra indicata delibera di aggiudicazione, la ricorrente ha dedotto plurime violazioni della lex specialis, a suo dire, commesse dalla stazione appaltante nel preferire l'offerta dell'aggiudicataria a quella da essa presentata, rispondendo soltanto quest'ultima alle specifiche tecniche dettagliate dal disciplinare di gara.

In particolare, ha evidenziato che, nonostante gli atti di gara avessero indicato l'oggetto della fornitura semestrale in n. 432 confezioni monodose da 5 ml con una tolleranza in più o in meno di un ml (e dunque con un dosaggio massimo di 6 ml e un dosaggio minimo di 4 ml), il prodotto Surgiflo offerto dalla controinteressata presentava un dosaggio (8 ml) superiore a quello richiesto dalla stazione appaltante, cosicché avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per mancata conformità alle caratteristiche tecniche prescritte. D'altronde, il disciplinare aveva disposto l'automatica esclusione di tutte le “offerte di prodotti che non possiedano le caratteristiche stabilite nella presente RdO, nel Capitolato speciale e tecnico, ovvero di servizi

connessi con modalità difformi in senso peggiorativo”.

Sotto un diverso profilo, la difformità dell’offerta presentata dall’aggiudicataria emergeva con riguardo alla sua stessa formulazione, atteso che il prezzo unitario offerto era stato espresso con riguardo al singolo ml di prodotto e non a confezione come, viceversa, espressamente richiedeva il disciplinare, con la conseguenza che il numero di pezzi (confezioni monodose) offerto dalla medesima controinteressata era inevitabilmente inferiore a quello (432) richiesto dalla stazione appaltante.

Si sono costituiti in giudizio sia la resistente azienda sanitaria che la controinteressata contestando l’avversa prospettazione ed insistendo per l’integrale reiezione del gravame.

In particolare, hanno entrambe sostenuto la piena conformità dell’offerta presentata dalla Johnson alle prescrizioni tecniche del capitolato, atteso che la stazione appaltante, avvedutasi dell’inesistenza sul mercato di confezioni di prodotto aventi il dosaggio indicato dal capitolato, al di fuori di quelle prodotte dalle Baxter, con apposito chiarimento, aveva precisato che il criterio di aggiudicazione (rectius unità di misura prescelta per la stima dei fabbisogni, la formulazione e la comparazione delle offerte), dovesse essere individuato nella quantità offerta espressa in ml e non più in confezioni di prodotto. In buona sostanza, la Stazione appaltante aveva convertito il fabbisogno originariamente stimato in n. 432 pezzi di “medicazione emostatica per uso chirurgico in confezione monodose da 5 ml +/- 1 ml” nell’equivalente in millilitri (432 pz x 5 ml = 2.160 ml), dato che - come evidenziato da J&J nella propria richiesta di chiarimenti - soltanto “rapportando la competizione al ml (in luogo del pezzo) quale minimo comune denominatore tra le diverse tipologie di confezionamenti presenti sul mercato” si sarebbe garantita “la comparabilità delle offerte e il più corretto ed ampio confronto concorrenziale”.

Con ricorso depositato in data 4 marzo 2024, la controinteressata ha proposto gravame incidentale, da un lato, contestando l’ammissione alla gara della ricorrente e, dall’altro, il carattere escludente e limitativo della concorrenza della clausola individuante il fabbisogno richiesto in ragione esclusivamente dell’indicato numero di confezioni.

Nel dettaglio, ha censurato la conformità dell’offerta presentata da Baxter alle prescrizioni di gara poiché non solo recante un corrispettivo (€ 80.333,6) superiore all’indicata base d’asta (79.833,6), ma anche incompleta, avendo la ricorrente offerto la fornitura di un solo ed unico applicatore endoscopico al prezzo unitario di € 25,00.

Respinta la domanda cautelare con ordinanza collegiale n. 551/2024, la causa è stata trattenuta in decisione all’esito dell’udienza pubblica del 23 aprile 2024.

2.- Il ricorso principale è infondato e, pertanto, va respinto. Tanto dispensa il Collegio, come di seguito si preciserà, dall’esame del ricorso incidentale, stante la sua improcedibilità.

3.- Tanto premesso, venendo all'esame della questione di merito sollevata con l'unica articolata censura proposta dalla ricorrente principale, osserva il Collegio come la Baxter S.p.a. abbia sostenuto l'illegittimità dell'impugnata delibera di aggiudicazione, essendo stata, a suo avviso, adottata in violazione delle prescrizioni poste dalla lex di gara. Difatti, mentre quest'ultima aveva indicato, ai fini sia dell'individuazione della base d'asta e del fabbisogno, sia della formulazione dell'offerta, quale unità di misura, la singola unità funzionale a "pezzo" del prodotto richiesto, l'offerta della controinteressata era stata formulata e, successivamente, valutata dalla stazione appaltante impiegando il diverso parametro del "ml di prodotto"

L'arbitraria e irragionevole modifica del criterio di aggiudicazione da pezzi a ml, giustificata dalla mera richiesta, del tutto immotivata, della stessa Johnson S.p.a., secondo la sostenuta impostazione censoria, contrasterebbe, in definitiva, con l'interpretazione letterale del bando.

4.- Così delineato il nucleo argomentativo della sollevata censura, reputa il Collegio necessario muovere dalla ricostruzione degli atti che hanno scandito le fasi in cui si è articolata la procedura di gara.

Quest'ultima, in ragione di quanto previsto dall'allegato A/8 del disciplinare di gara, aveva ad oggetto la fornitura di n. 432 flaconi di "medicazione emostatica per uso chirurgico a base di gelatina animale e trombina umana con applicatore endoscopico, gel emostatico uso 2 intraoperatorio, coadiuvante dell'emostasi in procedure invasive. Confezione monodose da 5 ml +/- 1 ml", per un valore totale a base d'asta semestrale presunto pari a € 79.833,6".

Tuttavia, successivamente alla pubblicazione dell'avviso, la Johnson & Johnson Medical S.p.A., nel richiedere uno specifico chiarimento alla stazione appaltante, aveva sottoposto alla sua attenzione le problematiche poste dalle indicate modalità di formulazione e di comparazione dell'offerta, atteso che quest'ultime, qualora intese ed applicate secondo la loro letterale interpretazione, avrebbero impedito il regolare ed effettivo svolgimento del confronto concorrenziale tra gli unici due produttori operanti nel segmento di mercato di riferimento, vale a dire la ricorrente Baxter S.p.A. e la stessa controinteressata, stante l'impossibilità di comparare le offerte dei concorrenti. Difatti, nonostante l'acclarata equivalenza dei prodotti farmaceutici in termini di efficacia emostatica a ml di prodotto utilizzato, soltanto la Baxter commercializzava il proprio prodotto (ovvero Floseal) confezionandolo in un kit da 5 ml., laddove la Johnson J&J confezionava il proprio prodotto unicamente in kit da 8 ml..

Alla luce di quanto esposto, la Stazione appaltante, con il chiarimento sul punto reso, ha precisato la possibilità di formulare l'offerta convertendo la richiesta originaria di n. 432 pezzi di "medicazione emostatica - confezione monodose da 5 ml +/- 1 ml" nell'equivalente quantitativo calcolato in ml di prodotto ($432 \text{ pz} \times 5 \text{ ml} = 2.160 \text{ ml}$ di emostatico), evidenziando così che soltanto rapportando la competizione al ml (in luogo del pezzo), quale minimo comune denominatore tra le diverse tipologie di confezionamenti presenti sul mercato, sarebbe stata garantita la comparabilità delle offerte e il più corretto ed ampio confronto concorrenziale.

5.- Tanto premesso in fatto, reputa il Collegio che plurime ragioni concorrano ad avvalorare la legittimità dell'operato dell'azienda sanitaria nel rendere il contestato chiarimento nei termini sopra esposti.

5.1.- In primo luogo, il chiarimento reso dall'azienda sanitaria si è posto in linea con un più che costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, come cristallizzatosi all'esito del pluriennale contenzioso che ha visto contrapposte le odierne parti in analoghe vicende, univoco nel riconoscere l'equivalenza funzionale tra i due prodotti farmaceutici oggetto delle presentate offerte.

Come recentemente ribadito dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. III, 01/02/2022, n. 707),

"in ben quattro pronunce (v. Cons. St., sez. III, 17 aprile 2015, n. 1978; Cons. St., sez. III, 8 luglio 2015, n. 3424; Cons. St., sez. III, 8 luglio 2015, n. 3425; Cons. St., sez. III, 16 luglio 2015, n. 3572), è emerso, all'esito di un accurato esame, sul piano scientifico, delle loro caratteristiche e della loro funzionalità prestazionale, che i due prodotti si possono considerare equivalenti";

"entrambi i prodotti - ed è quanto solo rileva ai fini del presente giudizio - presentano una analoga efficacia emostatica, quale che sia la concentrazione di trombina (comunque nettamente superiori, per entrambi, rispetto al valore minimo necessario per avere la massima velocità di formazione di fibrina), come ha correttamente accertato il verificatore sulla base dell'analisi della documentazione tecnica relativa ai due kit, pervenendo alla corretta conclusione che "la quantità totale di trombina, ottenuta moltiplicando le concentrazioni di trombina del kit completo per i rispettivi quantitativi dei due prodotti (8 ml Surgiflo e 5 ml Floseal), vale 2000 UI per entrambi i prodotti" (p. 2 della relazione di verifica depositata in primo grado)";

"Floreal e Surgiflo hanno caratteristiche morfologiche - strutturali e reologiche differenti, ma da un punto di vista funzionale presentano un analogo comportamento in termini di adesione e attivazione piastrinica" (Cons. St., III, 16.06.2016, n. 2684).

Pertanto, il contestato chiarimento ha offerto un'interpretazione delle disposizioni di gara attuativo del principio c.d. di equivalenza che trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica, rivestendo un'intrinseca immanenza alle regole di gara.

Difatti, tale principio, di derivazione unionale, attribuisce la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, in tal modo rispondendo, da un lato, ai principi costituzionali sia di imparzialità e buon andamento che di libertà d'iniziativa economica; dall'altro, al principio

euro-unitario di concorrenza, che vede 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.

Il predetto principio presuppone, al pari di quanto ampiamente acclarato nell'odierna fattispecie, la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme 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. Cons. St., sez. V, 15/02/2024, n.1545; Cons. St., sez. III, 7 luglio 2021, n. 5169; id., sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093).

In altri termini, il principio di equivalenza è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta; lo stesso presuppone quindi la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante quale 'conformità sostanziale' con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui quest'ultime siano nella sostanza soddisfatte.

Ne consegue che le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non possono essere intese come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della suddetta *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell'affidamento (Consiglio di Stato, sez. III, 06/09/2023, n. 8189).

Orbene, applicando i principi sopra richiamati all'odierna fattispecie, con il contestato chiarimento, la stazione appaltante ha mostrato di optare per un'interpretazione delle prescrizioni poste dal capitolato di gara tale che, in ragione dell'acclarata sostanziale equivalenza funzionale dei prodotti offerti, in quanto entrambi idonei a soddisfare il fine ultimo dell'affidamento, sconfessasse il carattere apparentemente vincolante e tassativo delle specifiche tecniche indicate con riguardo al confezionamento ed al dosaggio del farmaco richiesto per ciascun KIT, riconoscendone così la portata indebitamente limitativa della massima partecipazione competitiva all'indetta gara.

Per vero, il principio di equivalenza ha, per consolidata giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 25 luglio 2019 n. 5258), proprio lo scopo di evitare che, attraverso la previsione di specifiche tecniche troppo dettagliate e non indispensabili dal punto di vista funzionale, ovvero delle esigenze previamente selezionate dalla stazione appaltante, risulti irragionevolmente limitata la libera competizione fra gli operatori economici, così da precludere la considerazione di offerte, sostanzialmente corrispondenti a quanto richiesto, seppure solo apparentemente prive di talune caratteristiche, tuttavia compensate da altre di analoga funzionalità.

Diversamente opinando, si finirebbe continuamente per discutere di particolari non funzionali

ovvero di modalità di presentazione e confezionamento del prodotto prive in concreto di alcuna rilevanza per il proficuo utilizzo del bene ricercato dall'amministrazione, soprattutto allorquando il metodo di aggiudicazione sia quello, come nella specie, del massimo ribasso, che non prende in considerazione il miglior rapporto qualità/prezzo.

D'altronde, l'applicazione del principio di equivalenza trova il proprio limite esclusivamente nella difformità del bene o del servizio rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*, ovverosia quando venga a configurarsi una ipotesi di *aliud pro alio* non rimediabile (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

Il richiamo al principio di equivalenza soltanto in un siffatto caso avrebbe infatti "l'effetto di distorcere l'oggetto del contratto, al punto da consentire ai partecipanti di offrire un bene radicalmente diverso rispetto a quello descritto nella *lex specialis*, così finendo per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto e per modificarne surrettiziamente i contenuti in danno della stessa stazione appaltante e dei concorrenti che abbiano puntualmente osservato la disciplina di gara" (Cons. Stato, sentenza n. 5258/2019 cit.; da ultimo, cfr. Sez. III, 28 giugno 2023, n. 6306 e i precedenti dalla stessa richiamati).

Il predetto effetto distorsivo del regolare svolgimento della competizione non può ritenersi integrato nella presente fattispecie poiché, da un lato, come sopra evidenziato, l'equivalenza funzionale fra i due prodotti farmaceutici può dirsi ampiamente acclarata e, dall'altro, la mancata applicazione del principio di equivalenza avrebbe, all'inverso, precluso lo svolgimento della selezione in termini di effettiva concorrenzialità.

5.2.- Le argomentazioni sopra svolte inducono, inoltre, il Collegio a concludere per il carattere non novativo del chiarimento reso dalla stazione appaltante a fronte dell'istanza presentata dalla controinteressata, volta ad esplicitare se le specifiche tecniche indicate dal bando relative al dosaggio ed al confezionamento potessero essere soddisfatte offrendo un prodotto farmaceutico funzionalmente equivalente ovvero fossero, per contro, finalizzate a delimitare tassativamente la tipologia di dispositivo richiesto, senza possibilità di giudizio di equivalenza.

Con il contestato chiarimento la stazione appaltante ha esplicitato che, sussistendone i presupposti, avrebbe operato il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, quali dosaggio e confezionamento, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni offerte, sì che le specifiche indicate dal bando sarebbero state ritenute in pratica comunque soddisfatte (Cons. St., sez. III, 7 luglio 2021, n. 5169; id., sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093).

Il chiarimento in questione, nel precisare che la valutazione delle offerte sarebbe stata condotta in termini pienamente conformi al principio di equivalenza, ha quindi rispettato "il limite del carattere necessariamente non integrativo né modificativo della disposizione di gara oggetto di interpretazione", essendosi limitato ad esplicitare un principio permeante ed immanente in tutte le fasi di della gara (Cons. St., sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301).

Piuttosto, attraverso detto chiarimento la stazione appaltante ha specificato la portata non vincolante delle indicate prescrizioni, non andando quindi a innovare la portata del vincolo e limitandosi a precisare il rilievo decisivo che avrebbe attribuito all'equivalenza funzionale del prodotto.

La necessità di svolgere detta precisazione, avvertita dall'operatore economico che ha formulato il quesito e dalla stazione appaltante che ha reso i chiarimenti, è stata ancorata alla non univoca interpretazione della portata vincolante, o meno, delle specifiche tecniche inerenti al dosaggio e al confezionamento, al fine di soddisfare specifiche esigenze terapeutiche ritenute imprescindibili dall'azienda sanitaria.

Il chiarimento de quo, pertanto, non ha comportato una modificazione del significato delle previsioni di gara, come interpretate in una prospettiva sostanzialistica, non avendone mutato il contenuto, il senso e la ratio (Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2022 n. 64).

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha chiarito il contenuto della *lex specialis*, rendendo più trasparenti le previsioni di gara (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2021 n. 2260), così attuando le esigenze di trasparenza che costituiscono il corollario del principio di parità di trattamento (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019 n. 309).

La mancanza di innovatività del chiarimento reso è attestata anche dal fatto che, in sua assenza, l'Amministrazione non avrebbe potuto interpretare diversamente la *lex specialis*. Ciò in quanto, ricorrendo una difformità di interpretazione del vincolo posto dalle specifiche tecniche, una in senso riduttivo dello stesso, e quindi ampliativo delle possibilità di partecipazione, e una ampliativa dello stesso, e quindi riduttiva delle possibilità di partecipazione, la stazione appaltante non avrebbe potuto che adottare la prima.

L'obbligo di trasparenza impone infatti non solo che "tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione", ma anche che quelle inerenti l'applicazione di cause limitative della partecipazione e/o dell'aggiudicazione, debbono essere formulate "in maniera chiara, precisa e univoca" dalla legge e dalla disciplina speciale della singola gara, senza poter di contro essere desunte sulla base di una mera interpretazione estensiva (CGUE, 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15 e C-162/16).

Infatti la trasparenza delle regole di gara è strumentale a tutelare l'interesse alla partecipazione dei singoli operatori economici, in modo da consentire agli stessi di presentare un'offerta ammissibile e competitiva (CGUE, sez. IX, 2 giugno 2016, C- 27/15), sicché la trasparenza delle regole di gara, e in particolare delle regole la cui violazione determina l'espulsione dalla gara, è una condizione di competitività della stessa: regole incerte non solo disincentivano la partecipazione ma la impediscono, in quanto non mettono le imprese nelle condizioni di presentare un'offerta ammissibile.

Se non viene espressa in modo chiaro (sulla base della *lex specialis* e della legge) una regola che impedisce la partecipazione, le esigenze di trasparenza impongono comunque di consentire ai concorrenti di sanare la propria posizione (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019 n. 309) e di scegliere, fra le varie interpretazioni possibili del bando di gara, quella che più privilegia la

partecipazione, così saldando le regole di trasparenza con il principio del favor participationis, che impone, quando trattasi di clausole che possono condurre all'esclusione dell'offerta, di preferire, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023 n. 1589).

Così è avvenuto nel caso di specie, atteso che la stazione appaltante ha privilegiato l'interpretazione del bando di gara in senso ampliativo delle possibilità di partecipazione alla gara, in tal modo fornendo alla platea dei potenziali concorrenti un'informazione funzionale alla formulazione di offerte ammissibili in quanto funzionalmente equivalenti e, come tali, non precluse da specifiche formali, coadiuvando la partecipazione alla gara in attuazione delle regole di trasparenza, a garanzia della parità di trattamento e del favor participationis.

In presenza di chiarimenti, il principio di affidamento dell'operatore economico risulta decisivo, atteso che esso si è organizzato per partecipare alla gara nel senso espressamente declinato dalla stazione appaltante, sicché il vincolo di partecipazione non può essere interpretato diversamente, in danno del concorrente (Cons. St., sez. V, 1 settembre 2023 n. 8127).

5.3.- Infine, il Collegio non può esimersi dal richiamare, in tale contesto, il particolare ruolo che il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce ai due principi che guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione del nuovo impianto normativo di settore e della disciplina di gara, ovvero sia il principio del risultato e il correlato principio della fiducia.

Il primo, previsto dall'art. 1 del predetto D.lgs. n. 36 del 2023, costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" ed è legato da un nesso inscindibile con la "concorrenza", la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento.

Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del D.lgs. n. 36 del 2023, porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e, dunque, investe anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di

presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

L'art. 1 del nuovo Codice degli appalti pubblici, in particolare, tratta il principio del risultato, rivolto essenzialmente agli enti committenti (stazioni appaltanti e enti concedenti) e riguarda l'iter complessivo del contratto, cioè sia la fase di affidamento che quella di esecuzione. Nello specifico il principio del risultato è inteso come l'interesse pubblico primario del Codice stesso, affinché l'affidamento del contratto e la sua esecuzione avvengano con la massima tempestività ed il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

La massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo costituiscono, dunque, le due declinazioni principali del principio in parola, cui sono funzionali gli altri elementi indicati nei successivi commi: la concorrenza tra gli operatori economici, funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti, e la trasparenza, funzionale alla massima semplicità e celerità nell'applicazione delle disposizioni del Codice.

A ben vedere, sin qui il principio in parola non sembra aver introdotto novità particolarmente dirimenti: l'esigenza che la gara e la successiva esecuzione del contratto avvengano nel più breve tempo possibile, che la concorrenza abbia come finalità la scelta del miglior contraente e che vada premiata la migliore offerta sia sotto il profilo economico che qualitativo, sono regole e principi già tradizionalmente acquisiti.

Decisamente più innovativo è il comma 4.

Quest'ultimo, da un lato prevede, prevede che "Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.", traducendosi nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare; dall'altro valorizza il raggiungimento del risultato come elemento di valutazione del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, sia ai fini della valutazione delle loro responsabilità - di cui al successivo principio della fiducia - sia ai fini dell'attribuzione degli incentivi previsti dalla contrattazione collettiva. La declinazione del principio del risultato contenuta nel comma 4 appare quindi destinata ad avere un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle amministrazioni, soprattutto con riguardo all'interpretazione ed all'applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica.

Orbene, il chiarimento reso dalla stazione appaltante si è posto pienamente in linea con le innovative coordinate normative cui deve ispirarsi l'azione amministrativa in quanto, nel delucidare la "regola del caso concreto", come richiesto dal richiamato principio, ha optato per un'interpretazione delle regole di gara ispirata all'implicito principio dell'equivalenza funzionale fra i prodotti, in tal modo assicurandosi il conseguimento del "miglior risultato" possibile all'esito di un realizzato contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima

concorrenzialità nel segmento di mercato interessato, altrimenti preclusa dall'interpretazione formalistica ed escludente delle prescrizioni tecniche invocata dalla ricorrente.

Conclusivamente, la stazione appaltante, seguendo la regola del "risultato" nei termini sopra declinati, ha optato per un'interpretazione delle disposizioni di gara teleologicamente orientata ad attuare la ratio sottesa alla programmata operazione amministrativa/negoziata complessivamente intesa, vale a dire assicurarsi il prodotto farmaceutico, munito delle capacità terapeutiche ritenute imprescindibili, al miglior costo di mercato, obliterando così la portata impeditiva di tale primario scopo (costituente, secondo una terminologia privatistica, la "causa in concreto" perseguita dallo stipulando contratto) delle prescrizioni meramente formali inerenti al dosaggio ed al confezionamento del farmaco, così riconoscendo, al tempo stesso, l'estraneità di queste ultime rispetto al conseguimento del risultato perseguito.

Alla luce di tutte le superiori osservazioni, il ricorso principale dev'essere respinto con la conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso incidentale spiegato dalla controinteressata.

Secondo la costante giurisprudenza afferente al principio della c.d. "ragion più liquida", difatti, il ricorso incidentale escludente, proposto dall'aggiudicataria, diviene inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli artt. 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., essendo evidente che l'interesse della aggiudicataria a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene radicalmente meno qualora il ricorso proposto da quest'ultima sia dichiarato inammissibile o venga respinto, dal momento che, in entrambi i suddetti casi, l'aggiudicataria conserva il bene della vita ottenuto (l'aggiudicazione) (cfr., fra le tante, T.A.R. Lazio, n. 14376/2022).

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara l'improcedibilità del ricorso incidentale per sopravvenuta carenza d'interesse;
- condanna la parte ricorrente al pagamento, in favore della resistente azienda e della controinteressata, delle spese di lite che liquida in € 1.500 (millecinquecento/00) per ciascuna delle parti vittoriose, oltre accessori.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

Fabio Maffei, Primo Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La decisione in esame si distingue per la peculiare trattazione del **principio dell'equivalenza funzionale** congiuntamente a quelli di **risultato** e di **fiducia**, che sono stati introdotti dal terzo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023.

Difatti, la gara di appalto contestata innanzi alla giurisdizione amministrativa di primo grado partenopea si connota per essere la custode implicita dell'approccio collaborativo tra amministrazione e privato nel peculiare rapporto giuridico competitivo di appalto, così come è sancito, in tema di principi dell'attività amministrativa, dall'art. 1, co. 2-bis, della legge n. 241/1990, a norma del quale: *"(...) 2-bis. I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"*.

In particolare, perché nel dato letterale della sentenza in questione si riconosce il fatto storico presupposto del chiarimento chiesto da un operatore economico alla stazione appaltante concernente le modalità di formulazione e di comparazione dell'offerta nel particolare segmento di mercato di riferimento dei prodotti farmaceutici da appaltare; poi risolto dalla stazione appaltante mediante l'ammissione di una formulazione sostanziale e non formale dell'offerta, per garantire la comparabilità delle stesse offerte e il più corretto ed ampio confronto concorrenziale.

Al riguardo, giova osservare che la posizione espressa, in sede amministrativa, è stata quella della valorizzazione dell'equivalenza funzionale tra i due prodotti farmaceutici oggetto delle offerte scrutinate successivamente nella loro correttezza sostanziale in sede giurisdizionale, atteso che i due prodotti posti a confronto potevano essere considerati equivalenti, poiché presentavano una analoga efficacia emostatica.

Da qui, l'applicazione al caso di specie del **principio di equivalenza** di derivazione euro-unitario, che presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, quale **conformità sostanziale** con le dette specifiche tecniche.

In tale ambito, il giudice di *prima cure* ha, del resto, chiarito che il medesimo principio di equivalenza consente di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, rispondendo ai

principi costituzionali d'imparzialità, di buon andamento e di libertà d'iniziativa economica, oltre che euro-unitario di concorrenza, il quale vede 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 di proporzionalità.

Sicché, la tesi sostenuta dal giudice amministrativo di primo grado sul principio di equivalenza funzionale fra i prodotti in trattazione è stata apprezzata comparandola con quelli di risultato sia per la fase di affidamento, sia per quella di esecuzione e di fiducia reciproca tra amministrazione ed operatori economici che partecipano alle gare, come versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

Va da sé che i principi di risultato e di fiducia sono stati introdotti dal recente terzo codice dei contratti pubblici agli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 36/2023 e sono richiamati come criterio interpretativo ed applicativo delle disposizioni sempre del terzo codice dei contratti pubblici, unitamente a quello dell'accesso al mercato (art. 3 del d.lgs. n. 36/2023), perché lo prevede l'art. 4 sempre del d.lgs. n. 36/2023.

Conclusivamente, pertanto, il TAR Campania Napoli ha respinto il gravame ed ha condannato la parte ricorrente alle spese di giudizio confermando nel merito la legittimità dell'attività amministrativa, in ragione dell'applicazione al caso definitivamente deciso dei principi di equivalenza funzionale, di risultato e di fiducia.