

Soccorso istruttorio e principio di equivalenza

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 16-7-2016

1. *L'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46 comma 1bis D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, atteso che tale norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi comunque di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara.*

2. *Il principio dell'equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto e non già una inidoneità di quest'ultimo rispetto alle specifiche indicate dall'amministrazione e poste a base di gara. Detto principio è vincolante per l'amministrazione solo qualora il bando di gara, il capitolato d'onere o i documenti complementari dettagliatamente menzionano un marchio, un brevetto o un tipo, un'origine o una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti.*

1. *conforme: Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809.*

2. *conformi: Cons. Stato, sez. III, 24 febbraio 2016, n. 7463; Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2016, n. 63.*

Guida alla lettura

L'individuazione del terreno su cui cade l'ambito applicativo della disposizione normativa contenuta nell'art. 46 del vecchio Codice degli appalti richiede una complessa e dettagliata attività interpretativa, attese le molteplici sfaccettature che l'istituto del soccorso istruttorio possiede.

Qualora, infatti, il capitolato prescriva dei parametri minimi al di sotto dei quali l'offerta non può arrestarsi, a nulla rileva che il bando non colleghi a tale mancato superamento la sanzione dell'esclusione dalla gara, posto che la predetta difformità costituisce un *aliud pro alio* che non

contrasta nella maniera più assoluta con il principio di tassatività delle cause di esclusione.

In altri termini, un'offerta qualitativamente inferiore ai limiti predisposti dalla stazione appaltante, qualora costituisca il presupposto fattuale posto a giustificazione di un provvedimento di esclusione dalla gara pubblica, non produce alcuna lesione del principio di matrice sovranazionale secondo cui il potere discrezionale della stazione appaltante in ordine all'esclusione di un concorrente va contenuto da un principio di tassatività, ciò in quanto **la predetta disposizione normativa attiene unicamente agli inadempimenti documentali o formali, non anche all'accertata insufficienza e/o assenza dei requisiti necessari previsti dall'offerta.**

Con maggiore impegno esplicativo, **il potere discrezionale che la stazione appaltante perde nella fase valutativa dei requisiti di partecipazione in favore della tassatività delle cause di esclusione, quale presupposto inamovibile a tutela della concorrenza nel mercato, risulta recuperato in pieno nella fase di individuazione delle caratteristiche o dei requisiti minimi necessari affinché il bene che l'amministrazione intende ottenere attraverso lo strumento dell'esternalizzazione sia idoneo a soddisfare i propri bisogni.**

Argomento *a contrario* non può certamente dedursi dal principio di equivalenza delle specifiche tecniche contenuto nell'art. 68 del vecchio Codice dei contratti pubblici, atteso che quest'ultimo non rappresenta una contrazione del potere di scelta dell'Amministrazione (dovere della stessa di accettare un "diverso adempimento"), quanto piuttosto di non rifiutare un "adempimento qualitativamente simile".

In buona sostanza il principio in esame permette di estendere la partecipazione alla gara attraverso la dilatazione dell'oggetto di gara, ponendo quale unico limite il parametro qualitativo, quale garante dell'idoneità del bene e/o della prestazione a soddisfare il bisogno della stazione appaltante.

L'esposto principio è stato altresì riconfermato dal nuovo Codice degli appalti pubblici che all'art. 68 espressamente statuisce che la stazione appaltante, quando si avvale delle specifiche tecniche di cui al comma 5 lett. b) del medesimo articolo non può escludere un'offerta per mera non conformità alle predette specifiche tecniche se l'offerente dimostra, con ogni mezzo idoneo, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti richiesti.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2206 del 2016, proposto dalla Società Roche Diagnostics Spa - Società Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" di Napoli, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Gianpiero Brayda e Fabio Orefice, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Antonio Mollo in Roma, Via Carlo Mirabello, n. 36;

nei confronti di

Abbott Srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando Pinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Michele Sandulli in Roma, Via XX Settembre, n. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, SEZIONE I, n. 05757 del 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II di Napoli e di Abbott Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2016 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Andrea Manzi, Fabio Orefice e

Ferdinando Pinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso n.r.g. 2019 del 2015, Roche Diagnostics Spa impugnava al T.a.r. Campania, sede di Napoli, il provvedimento, comunicato con nota dell'11 marzo 2015, mediante il quale l'Azienda ospedaliera universitaria Federico II di Napoli l'aveva esclusa dalla gara d'appalto per la realizzazione chiavi in mano di un "corelab" ad alta automazione, comprendente la fornitura "in service" di sistemi diagnostici, reattivi e materiale di consumo.

2. - Il provvedimento si fondava sulla circostanza che la ricorrente non sarebbe stata "in possesso di posizioni refrigeranti per reagenti, requisito di minima richiesto dal capitolato di gara per i moduli relativi ai dosaggi di immunoenzimatica".

3. - La Società deduceva di aver offerto un sistema comprendente un modulo che ospita 38 reagenti per l'esecuzione di test di chimica clinica, dotato della specifica tecnica richiesta dal capitolato, cioè di posizioni refrigerate e 2 moduli che ospitano 3 reagenti necessari per l'esecuzione di altri test di immunochimica, che rappresentano poco più dell'1% delle determinazioni richieste e che sarebbero dotati di una specifica tecnica equivalente a quella prescritta dal capitolato cioè di "postazioni a temperatura controllata".

Lamentava anche l'illegittimità dell'esclusione in quanto il possesso del requisito delle posizioni refrigerate non è richiesto a pena di esclusione dalla lex di gara.

In ogni caso, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare in concreto l'equivalenza del sistema offerto.

4. - Con la sentenza in epigrafe, il ricorso è stato respinto, con compensazione delle spese tra le parti.

4.1. - Il primo giudice riteneva che il prodotto fosse tecnicamente inadeguato in quanto non soddisfacente i requisiti minimi fissati dalla stazione appaltante con il capitolato tecnico, essendo irrilevante che non sia previamente disposta dal bando l'esclusione dalla gara per l'offerta di un prodotto difforme da quello richiesto.

Nella specie, l'esclusione è stata determinata, in linea con l'interpretazione che la giurisprudenza ha fornito dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, non dal mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali privi di una base normativa espressa, ma dall'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara.

4.2. - La sentenza ha anche rigettato il motivo con cui la ricorrente deduceva la violazione dell'art. 68 del codice dei contratti, pur avendo dichiarato nell'offerta che alle posizioni refrigerate equivarrebbe il rispetto della stabilità "on board", assicurato dai reagenti offerti, che

rimangono stabili per un tempo di 14 e 56 giorni, ampiamente superiore rispetto al tempo medio, pari a 2 giorni e mezzo, per il quale essi sono materialmente utilizzati a bordo dello strumento.

La sentenza ha anche rigettato gli ulteriori motivi ed ha escluso sia la necessità di verifiche sulla asserita equivalenza del prodotto offerto, sia che l'esclusione della ricorrente sia stata determinata dai chiarimenti resi dalla stazione appaltante in corso di gara.

5. - Con l'appello in esame, si lamenta l'erroneità e ingiustizia della sentenza e si ribadisce la mancata previsione di clausola di esclusione espressa nel bando, il contrasto con gli artt. 46 e 68 del codice dei contratti, l'equivalenza della strumentazione offerta in gara, per cui l'esclusione sarebbe una misura irragionevole e sproporzionata.

6. - Si è costituita in giudizio la controinteressata Abbott che eccepisce l'inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto la ditta ricorrente non avrebbe tempestivamente impugnato la lex di gara nella parte in cui richiede, quale requisito tecnico di minima, "posizioni refrigerate per reagenti".

Ha chiesto nel merito il rigetto dell'appello per infondatezza.

7. - Resiste in giudizio anche l'Azienda intimata eccependo la palese inammissibilità e infondatezza dell'appello.

8. - A seguito di scambio di memorie, anche di replica, all'udienza pubblica del 9 giugno 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è infondato e, pertanto, può prescindersi dalla eccepita inammissibilità per tardività dell'impugnazione.

2. - E' infondato il primo motivo col quale si deduce l'illegittimità dell'esclusione per la mancanza di espressa comminatoria nell'ipotesi di difetto del requisito tecnico "posizioni refrigerate per i reagenti".

2.1. - In tale ipotesi, secondo la tesi dell'appellante, la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare in concreto l'essenzialità del requisito, a causa del quale si determinava a disporre un'esclusione non espressamente prevista dalla lex di gara (art. 46 comma 1 bis).

Andrebbe anche tenuto in considerazione, ai fini della formulazione del giudizio di "essenzialità" del requisito, che nell'economia dell'offerta solo per 3 reagenti di immunochimica era richiesta la "temperatura controllata", mentre per i restanti 38 reagenti di chimica clinica era prevista la conservazione refrigerata (2-8° C) a bordo degli analizzatori, requisito questo incontestabilmente posseduto dall'offerta dell'appellante società.

Vale a dire che solo per 1,2% della fornitura l'offerta di Roche Diagnostics S.p.A. non

rispondeva alle prescrizioni minime del capitolato.

2.2. - Ad avviso del Collegio, correttamente la Stazione appaltante ha agito con rigore e senza violazione dell'art. 46, comma 1 bis del codice degli appalti.

Va considerato che sebbene il bando non richiedesse il requisito "delle posizioni refrigerate" a pena di esclusione, poiché il requisito è inserito tra i "parametri minimi" dell'offerta, il difetto della caratteristica richiesta determinava palesemente la diversità della prestazione rispetto a quanto prescritto dal capitolato.

Difatti, si tratta della fornitura di "Corelab ad alta automazione per routine e urgenze e di altro per urgenze in condizioni operative variabili", per l'esecuzione di test salvavita, e la stazione appaltante con ben due chiarimenti aveva ritenuto di ribadire la tassatività della prescrizione di capitolato.

A fronte di tali precisazioni e della natura della prescrizione di capitolato, che designa un "requisito di minima" del prodotto, è irrilevante che il bando non sanziona espressamente con l'esclusione l'offerta di beni difformi, giacché tale difformità si risolve in un "aliud pro alio".

Irrilevante anche la circostanza che si trattasse solo di una quota minima della fornitura: la stazione appaltante ha chiarito con dovizia di argomenti la ragione della propria richiesta e l'essenzialità del richiesto requisito per poter offrire un servizio ottimale.

Infine, l'esclusione dalla gara di un'impresa autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico non si pone in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46 comma 1-bis, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, atteso che tale norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, sez. V, 05/05/2016, n. 1809).

2.3. - La stazione appaltante ha affermato che la soluzione tecnica proposta dal ricorrente non è equivalente, ma tecnicamente inferiore rispetto a quella richiesta, poiché "non assicura la stabilità dei reagenti per la stessa durata assicurata da una postazione refrigerata, bensì per un tempo inferiore, seppure asseritamente sufficiente al buon espletamento delle analisi" in relazione alle esigenze cliniche prevedibili.

Tale inferiorità sarebbe "macroscopica", secondo il primo Giudice, e può essere percepita senza l'avvalimento di alcuna consulenza tecnica, risultando palese dalle stesse argomentazioni spese dalla stessa ricorrente, basate prevalentemente su mere congetture ipotetiche e valutazioni statistico-probabilistiche e, per di più, in assenza di qualsivoglia indicazione nel capitolato circa le caratteristiche operative del servizio.

2.4 - Il ragionamento svolto dal primo giudice è condivisibile, tenuto conto anche della discrezionalità della stazione appaltante di reputare rispondente ai propri bisogni un certo prodotto con alcune caratteristiche anziché altre, sì da richiedere espressamente alcuni requisiti minimi.

Dunque, il diverso prodotto offerto, rispetto a quello richiesto, legittima l'esclusione.

Alla luce delle considerazioni svolte nelle sue difese dall'Azienda, l'assenza di posizioni refrigerate avrebbe compromesso il pieno utilizzo dei materiali e la qualità dello stesso servizio nell'interesse dei pazienti, trattandosi di test salvavita.

In simili ipotesi, la giurisprudenza ritiene inconferente il richiamo al principio di equivalenza delle specifiche tecniche sancito dall'art. 68, d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che esso presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto e non già un'inidoneità di quest'ultimo rispetto alle specifiche indicate dall'amministrazione e poste a base di gara. (Consiglio di Stato, sez. III, 17 novembre 2015, n. 5261 e 24/02/2016, n. 7463; sez. V, 17 febbraio 2016, n. 63).

2.5.- Quanto al principio di equivalenza di cui all'art. 68 citato, invocato con gli ulteriori motivi di appello, va osservato, infatti, che la norma è concepita a tutela della concorrenza (comma 2) e trova applicazione nel senso che qualora siano inserite nella lex di gara specifiche tecniche a tal punto dettagliate da poter individuare un dato prodotto in maniera assolutamente precisa (con una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare, con riferimento a un marchio, a un brevetto), ipotesi che qui non ricorre, per favorire la massima partecipazione, deve essere data la possibilità della proposta che ottemperi in maniera equivalente agli stessi requisiti.

Il principio dell' "equivalenza" (che va dimostrata in modo rigoroso con una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto - comma 5 - e comunque deve formare oggetto di apposita dichiarazione allegata all'offerta) è vincolante per l'amministrazione solo qualora il bando di gara, il capitolato d'onere o i documenti complementari dettagliatamente menzionano un marchio, un brevetto o un tipo, un'origine o una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti; tale indicazione deve essere accompagnata già nel bando dall'espressione "o equivalente" (comma 13).

2.6. - Tuttavia, nella fattispecie, non si ricade nell'ipotesi prevista dall'art. 68 di richiesta di un prodotto così specificamente individuato da restringere esageratamente la possibilità di partecipazione alla gara (comma 2 e 4); trattandosi di caratteristica minima della fornitura, individuata dal punto di vista della funzionalità (e non del marchio o della produzione) la stazione appaltante non era tanto obbligata a valutare il prodotto equivalente, quanto a riscontrare la presenza di tutte le caratteristiche richieste nel bando per il corretto e ottimale funzionamento del servizio.

Di contro, come si è detto, la diversità riscontrata qualifica l'offerta come prestazione diversa rispetto a quella richiesta e, dunque, è stata legittimamente considerata dalla stazione appaltante causa di esclusione.

3. - In conclusione, l'appello deve essere rigettato e, per l'effetto, va respinto il ricorso introduttivo di primo grado.

4. - Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, rigetta il ricorso introduttivo di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere