

Equivalenza del prodotto offerto a quello previsto dai documenti di gara.

di Cesare Caturani

Data di pubblicazione: 12-7-2018

1. In sede di presentazione delle offerte in una gara d'appalto pubblico, opera il "principio di equivalenza", che pone in capo all'offerente l'onere di dimostrare, con qualsiasi mezzo appropriato e ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante, l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nel capitolato.

Guida alla lettura

La questione esaminata dal T.A.R. nella pronuncia annotata attiene all'ammissibilità della presentazione, in una procedura per l'affidamento di una fornitura, di un prodotto con caratteristiche tecniche dichiaratamente differenti da quelle richieste nel capitolato speciale, ma che si rivelano equivalenti a questo ad esito dell'esame da parte della commissione giudicatrice della relativa scheda tecnica e della campionatura.

Trova, dunque, applicazione nella fattispecie il "principio di equivalenza", tipizzato dall'art. 68, co. 3 e 4, del d. lgs. n. 50/2016, che garantisce e promuove la maggior apertura concorrenziale, collegandosi all'altrettanto rilevante principio del *favor participationis* nelle gare pubbliche.

In sostanza, in base a questo principio spetta all'offerente dimostrare, nel modo più congruo ed accettato dalla stazione appaltante, l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello richiesto da quest'ultima e ciò è quanto il T.A.R. ritiene avvenuto nel caso specifico, in cui, come detto, la stazione appaltante ha verificato concretamente l'equivalenza dei prodotti offerti rispetto a quelli descritti nella *lex specialis*.

Non del tutto coerente con il complessivo percorso argomentativo seguito, invece, il richiamo effettuato dalla pronuncia all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la legge speciale della gara non si intende integrata *ex lege* dalla clausola di equivalenza, con sua inserzione automatica ai sensi dell'art. 1339 del Codice civile, pena la violazione della riserva di amministrazione e dell'ambito della discrezionalità della stazione appaltante nel dettare la concreta regolamentazione della gara, quando quest'ultima abbia consapevolmente escluso, nel legittimo esercizio del proprio potere discrezionale, l'ammissione di prodotti equivalenti.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 894 del 2017, proposto da:

Bio Optica S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Pagani, domiciliato ex art. 25 cpa presso Bologna Segreteria TAR in Bologna, via D'Azeglio, 54;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, viale Aldini 28;

nei confronti

Ahsi S.p.A non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dei seguenti atti :

verbale della commissione valutatrice del 18.10.2017

nota della stazione appaltante del 23.10.2017 n. 2017/0239292/P - inviata via PEC alla AHSI, BIO OPTICA, DIAPHAT e LABOINDUSTRIA – a cui è allegata la determinazione U.O. Acquisti Aziendali n. 2889 del 23.10.2017 relativa all'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara;

determinazione U.O. Acquisti Aziendali Azienda Unità sanitaria della Romagna n. 2889 del 23.10.2017;

pubblicazione su mercato elettronico della Pubblica Amministrazione MePa (acquistinretepa.it) relativo al documento di stipula del contratto elettronico relativo al numero di RdO 1687667 e al disciplinare del contratto, datato 23.10.2017;

tutti gli atti e verbali di gara;

contratto, nelle more eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati i seguenti atti :

verbale della commissione del 18.10.2017; nota della stazione appaltante del 23.10.2017 n. 2017/0239292P con allegata la determinazione UO acquisti aziendali 2889 del 23.10.2017 relativa alla avvenuta aggiudicazione definitiva della gara; determinazione UO acquisti aziendali AUSL della Romagna 2889/2019; pubblicazione su mercato elettronico della PA MEPA relativo al documento di stipula del contratto elettronico relativo al n. di RDO 1687667 e al disciplinare del contratto, del 23.10.2017; atti e verbali, eventuale contratto.

Sono stati prospettati i seguenti due motivi di diritto :

- 1). Violazione di legge, art. 95 DLGS 50/2016, criteri di aggiudicazione di appalto, art. 68, comma 6, DLGS 50/2016 specifiche tecniche; violazione della legge di gara, in particolare artt. 1 e 2 del capitolato tecnico;
- 2). Violazione art. 4 DLGS 50/2016 per disparità di trattamento, eccesso di potere per sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà tra gli atti di gara rispetto alle decisioni prese dalla commissione, disparità di trattamento, violazione della par condicio, erronea valutazione delle offerte tecniche, difetto dei presupposti, di istruttoria e di motivazione.

In data 5.6.2018 si costituisce in replica la controparte con deposito di memorie e documenti.

In seguito, sono state depositate ulteriori memorie in cui la ricorrente insiste nel sostenere che <l'acciaio non è il materiale richiesto per soddisfare il taglio di campioni congelati>.

Tanto premesso il ricorso è infondato.

- 1). Con il primo motivo si lamenta che – per il lotto 1 della gara in questione – erano espressamente richieste delle lame per microtomo caratterizzate da materiali costruttivi differenti per poter soddisfare specifiche e differenti esigenze e finalità.

La ditta AHSI tuttavia offriva un unico modello di lama in acciaio (Thermo scientific MX35 Ultra) e lo sosteneva mediante una dichiarazione di equivalenza tecnica allegata.

La AUSL in replica precisa che :

a). la Impresa AHSI ha offerto per tutti e quattro i riferimenti del lotto n. 1 una lama conforme al modello Thermo Scientific MX35 Ultra;

b). poi - consapevole che il prodotto offerto era costituito da un materiale parzialmente diverso (acciaio inox) rispetto a quanto richiesto dal capitolato (che per i primi tre riferimenti chiedeva una lama in acciaio inox e per il quarto una lama in acciaio e carbonio) - ha allegato in offerta anche una dichiarazione di equivalenza tra la qualità tecnica della lama proposta e la qualità tecnica richiesta dal capitolato speciale;

c). nel caso di specie, la Commissione ha dato atto che, dalla scheda tecnica del prodotto offerto dalla impresa controinteressata, si deduca la idoneità anche al taglio al criostato; e le valutazioni sulla campionatura hanno dimostrato la effettiva equivalenza tra le caratteristiche richieste dal capitolato speciale e quelle possedute dal prodotto offerto da AHSI;

d). sul punto, l'allegato A del Capitolato, al fianco della specifica tecnica C35 Feather, specificava esplicitamente "o equivalente";

e). infine, controparte chiarisce che AHSI ha presentato un prodotto giudicato in possesso di caratteristiche equivalenti a quelle richieste dal capitolato e ha presentato una offerta economica inferiore agli altri concorrenti; nel caso di specie il criterio di aggiudicazione della gara è quello del minor prezzo.

Come noto, l'art. 68 d.lgs. n. 50/2016 prevede che : <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">.

In linea generale, il principio, ben chiaro in giurisprudenza, per cui, in sede di presentazione delle offerte in una gara d'appalto pubblico, opera il c.d. principio di equivalenza, garantisce e promuove la maggior apertura concorrenziale tanto nell'ambito del singolo procedimento di affidamento (così collegandosi all'altrettanto rilevante principio del favor participationis nelle gare pubbliche), quanto nel mercato degli appalti pubblici.

Tale principio, oggi cristallizzato nell'art. 68, commi 4 e 7 del Dlg 163/2006, pone in capo all'offerente l'onere di dimostrare, con qualsiasi mezzo appropriato e ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante, l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nel

capitolato.

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 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” (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 Collegio, valutati gli atti depositati in giudizio, ritiene condivisibili le precisazioni della controparte in replica circa il fatto che il prodotto offerto è appunto <equivalente> a quanto richiesto dagli atti di gara.

2). Con il secondo motivo l’interessata insiste nel sostenere che la commissione – nonostante la previsione dell’allegato A al capitolato tecnico (lotto 1, punto 1.4 offerta di lame per il taglio al criostato composte da una lega di acciaio e carbonio) – ha di fatto modificato di sua iniziativa la legge di gara, ammettendo lame in semplice acciaio.

Anche questa doglianza non è condivisibile.

Come già precisato sub 1), in base alla normativa di gara, la Commissione doveva valutare l’equivalenza dei prodotti offerti.

In base a tutta la documentazione depositata risulta effettuata tale valutazione e corretto l’operato della Commissione.

In conclusione il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso, come in epigrafe proposto.

Condanna il soccombente al pagamento delle spese del presente giudizio, che liquida nella misura di € 4.000,00 oltre accessori come per legge.

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

