

Alcuna valutazione di equivalenza può essere operata sul bene offerto in caso di "difformità oggettiva e sostanziale" rispetto al bene richiesto dalla stazione appaltante

di Cristiano Piroli

Data di pubblicazione: 15-7-2021

1. Il caso; 2. La questione di diritto: il principio di equivalenza e il suo ambito applicativo; 3. La decisione; 4. Considerazioni conclusive.

1. Il caso.

La vicenda trae origine dall'espletamento di una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per l'affidamento di un contratto di fornitura quinquennale *in service* di provette sottovuoto destinate al servizio di patologia clinica aziendale di una ASL, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La procedura vedeva concorrere due diverse imprese. La società classificatasi al secondo posto nella graduatoria impugnava gli atti di gara innanzi al TAR, lamentando, in via principale, che l'offerta presentata dall'impresa ritenuta aggiudicataria fosse priva dei requisiti tecnici sanciti nella legge di gara e costituenti evidente specificazione dell'oggetto del contratto che la stazione appaltante intendeva stipulare. Nel dettaglio, con ricorso si censurava la mancanza dei requisiti di colore e dimensioni delle provette richieste dalla ASL: mentre il capitolato di gara richiedeva fiale delle dimensioni 13x75 e 13x100, ambedue con tappo rosso, l'aggiudicataria nell'offerta indicava fiale solamente delle dimensioni 13x100, dotate di tappo giallo/rosso.

2. La questione di diritto: il principio di equivalenza e il suo ambito applicativo.

Le doglianze mosse, in via principale, dalla ricorrente sono da analizzarsi con riguardo alla questione relativa all'ambito di applicazione del principio dell'equivalenza, di derivazione eurounitaria, compendiato nell'art. 68, del D.lgs. n. 50/2016, in attuazione dell'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE. In sostanza, in virtù di tale principio – espressione del c.d. *favor participationis*, della *par condicio* tra partecipanti alla gara e del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione – viene concesso a ciascun partecipante di offrire soluzioni che si ritiene ottemperino in maniera pressoché equivalente ai requisiti delle specifiche tecniche originariamente individuati dalla stazione appaltante.

Secondo consolidata giurisprudenza, il principio *de quo* va applicato in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica, indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o nelle dichiarazioni dei concorrenti, imponendo che la valutazione di equivalenza venga effettuata sia in sede di esame complessivo dell'offerta, sia nell'assegnazione del punteggio

riferito alla stessa (su tutte, Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212).

Il principio di equivalenza, seppur di applicazione generale in ambito appalti, incontra, tuttavia, un oggettivo e invalicabile limite nella sostanziale difformità del bene offerto rispetto alle caratteristiche tecniche richieste che si traduce in un *aliud pro alio*, idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione della gara. Tale automatismo espulsivo opera laddove *“le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione Pubblica e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie ed indefettibili”* (così, Cons. Stato, sez. IV, 04/03/2021, n. 1863). Infatti, vanno tenute ben distinte le caratteristiche tecniche sostituibili per equivalente dalle caratteristiche indefettibili che definiscono la specifica richiesta della stazione appaltante, poiché, solo in difetto delle seconde, i prodotti offerti non risponderebbero alle esigenze per il cui soddisfacimento l'Amministrazione ha indetto la gara, determinando l'automatica esclusione dell'offerente.

Invero, la finalità dell'art. 68, come espressamente chiarito dal comma 4, è unicamente quella di evitare indebite restrizioni alla concorrenza e alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica che potrebbero, ad esempio, verificarsi in caso di indicazione, da parte della stazione appaltante, di specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive. La sua funzione non è, dunque, quella di permettere di distorcere l'oggetto dell'appalto, consentendo ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente a quello richiesto dall'Amministrazione (*“aliud pro alio”*), finendo così per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto stesso. Diversamente, si verrebbe altresì a realizzare anche una palese violazione della *par condicio* rispetto alle imprese concorrenti che abbiano invece puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* (cfr.: TAR Campania, sez. III, 23/07/2020, n.3259; TAR Lombardia, sez. IV, 10/02/2017, n.328).

Il TAR Abruzzo, nel caso di specie, inserendosi nel solco tracciato dai summenzionati orientamenti giurisprudenziali, ha risposto ai seguenti quesiti: l'offerta di provette di dimensioni e colore difformi rispetto a quanto previsto nel capitolato speciale integra un'ipotesi di ammissibile equivalenza sostanziale e funzionale del prodotto offerto o, al contrario, un'ipotesi di *aliud pro alio*? Da quali fattori dipende la sua riconduzione all'una o all'altra ipotesi? Quando è legittima e quando, invece, è illegittima la valutazione di equivalenza effettuata dal seggio di gara sui prodotti offerti dall'aggiudicatario?

3. La decisione.

Il TAR ha accolto il ricorso e, per l'effetto, annullato gli atti impugnati nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara della controinteressata e la conseguente aggiudicazione alla ricorrente, fondando la decisione sulla evidente inoperatività, nel caso di specie, del principio dell'equivalenza, *“atteso che esso riguarda le caratteristiche tecniche dei prodotti ex articolo 68 comma 7 del d.lgs. 50 del 2016 [...] e non invece la difformità oggettiva e sostanziale rispetto a quanto richiesto dall'amministrazione, che concretizza una ipotesi di aliud pro alio e che dunque impedisce proprio l'accordo sull'oggetto, con conseguente esclusione dell'offerta a prescindere da un precisa comminatoria nel bando”*.

Secondo il Collegio, infatti, la dettagliata descrizione, da parte della stazione appaltante, delle caratteristiche dimensionali e di colorazione costituirebbe una specificazione del particolare oggetto del contratto e non, invece, una elencazione di mere caratteristiche sostituibili con altrettante equivalenti sotto il profilo funzionale e sostanziale. Di conseguenza, le offerte di prodotti privi di quelle precise caratteristiche, analiticamente individuate nella *lex specialis*, devono ritenersi invalide perché non corrispondenti all'oggetto stesso della richiesta di fornitura. Detto altrimenti, queste caratteristiche costituiscono ed integrano l'oggetto del contratto e, pertanto, la loro sussistenza è necessaria e indefettibile ai fini della validità dell'offerta e della partecipazione alla gara dell'offerente.

Che le dimensioni e la colorazione delle fialette costituiscano attributi necessari e indefettibili, risulterebbe, secondo il Giudicante, dalla duplice circostanza che essi siano stati illustrati *“in modo dettagliato”* e *“posti nel capitolato sullo stesso piano della quantità, nella descrizione dell'oggetto della fornitura, [e] dunque la fornitura di beni con colori e dimensioni diverse è paragonabile a una fornitura di quantità diverse”*. Pertanto, il *discrimen* tra caratteristiche del prodotto sostituibili per equivalente e caratteristiche indefettibili che definiscono l'oggetto della fornitura sembrerebbe potersi individuare nella particolare rilevanza attribuita a queste ultime, desumibile dalla minuziosità utilizzata per la loro descrizione e dalla particolare posizione ad esse riservata nello stesso capitolato di gara.

Dunque, in definitiva, vero è che, negli appalti di fornitura, come in quelli di servizi, è ammessa l'offerta di prodotti anche solo astrattamente rientranti nella individuazione dell'oggetto del contratto e che la stazione appaltante può svolgere un giudizio di idoneità tecnica del bene offerto e di equivalenza dei requisiti del prodotto alle specifiche tecniche richieste, ma ciò non significa che l'oggetto del contratto possa divenire un qualcosa di disponibile e manipolabile in qualsiasi momento dalla stazione appaltante, poiché *“nessun principio di equivalenza in sostanza autorizza la stazione appaltante a modificare la predeterminazione dell'oggetto stesso della fornitura”*. Ciò poiché, altrimenti, si realizzerebbe, tra l'altro, una evidente violazione di quel principio della *par condicio* che lo stesso istituto dell'equivalenza mira a tutelare, a discapito dei concorrenti che abbiano formulato un'offerta il più possibile conforme alle disposizioni del capitolato di gara. Verrebbe così ad aumentare il rischio di discriminazioni e favoritismi da parte della stazione appaltante.

Il seggio di gara può, quindi, operare, sui prodotti offerti, valutazioni di equivalenza solo ed esclusivamente laddove questi presentino caratteristiche comunque riconducibili all'oggetto della fornitura. Tale organo, infatti, *“non ha proprio la funzione di modificare la previsione dei beni da fornire contenuta nella lex specialis”*, in quanto ciò esorbita dal potere di scelta tecnico-discrezionale esercitabile mediante il giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche.

4. Considerazioni conclusive.

Il Tar Abruzzo s'inserisce, quindi, in un consolidato filone giurisprudenziale che sostiene che quando le specifiche tecniche della *lex specialis* consentano di ricostruire con precisione il bene richiesto dalla stazione appaltante e di qualificare inequivocabilmente come obbligatorie ed indefettibili determinate caratteristiche tecniche, si ha l'inammissibilità dell'offerta di un

bene privo di tali caratteristiche, in quanto si tratterebbe di un bene diverso da quello oggetto del contratto, con conseguente esclusione automatica dell'offerente (*ex multis*: Cons. Stato, sez. III, 26/01/2018, n. 565; Cons. Stato, sez. III, 14/05/2020, n. 3084; Cons. Stato, sez. IV, 04/03/2021, n. 1863).

L'istituto dell'equivalenza risponde, come già rilevato, alla fondamentale esigenza di evitare che l'individuazione di specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive possa pregiudicare la parità di condizioni per tutti i partecipanti alla gara. Quanto detto, tuttavia, non impedisce all'Amministrazione di definire nel dettaglio le caratteristiche tecniche del prodotto richiesto laddove ciò sia giustificato da reali esigenze tecniche e funzionali. Pertanto, con riguardo al caso in esame, la richiesta di fiale aventi specifiche dimensioni e colorazione, laddove tali attributi siano necessari al soddisfacimento delle particolari esigenze che hanno portato l'Amministrazione ad indire la gara, chiaramente non integra un'ipotesi di eccessiva e illegittima specificità della richiesta di fornitura e, quindi, non è idonea a pregiudicare, a discapito di coloro che indichino nell'offerta fiale con caratteristiche differenti da quelle essenziali, i principi della parità di condizioni e della massima concorrenza. Anzi, al contrario, proprio tali principi imporrebbero all'Amministrazione di premiare il concorrente che abbia offerto un bene avente caratteristiche il più possibile conformi a quelle che inequivocabilmente risultano come necessarie e indefettibili nel capitolato di gara.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 05/06/2021

N. 00292/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00076/2021 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 76 del 2021, proposto da



Gada Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio De Portu, Francesco

Tassone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 2 Lanciano Vasto Chieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Diego De Carolis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Becton Dickinson Italia S.Pa., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

annullamento, previa adozione delle opportune misure cautelari, degli atti e

provvedimenti comportanti gli esiti conclusivi della “Fornitura quinquennale in service di sistemi analisi e materiali di consumo per Patologia Clinica, articolata in 20 lotti”, siccome bandita dalla Azienda Sanitaria Locale 2 — Lanciano / Vasto / Chieti, con limitato riguardo e interesse al Lotto n. 17 (CIG 6785811462), avente ad oggetto “Provette sottovuoto”, nella parte in cui la controinteressata non è stata esclusa e comunque le è stato attribuito un punteggio maggiore; con domanda di subentro; e in subordine per l’annullamento della intera procedura di gara.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Becton Dickinson Italia S.Pa. il 26/2/2021:

avverso la mancata esclusione della ricorrente per mancanza della certificazione EN ISO 13485 e per aver offerto provette dal tappo ocra anziché rosso; nonché avverso l’attribuzione di 16 punti anziché 6 per provette non a riempimento totale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Becton Dickinson Italia S.Pa. e della Asl 2 Lanciano Vasto Chieti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica telematica del giorno 23 aprile 2021 il dott. Massimiliano Ballorani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che:

- la ricorrente ha partecipato, per il lotto n. 17 (*“provette sottovuoto”*):

“provette sottovuoto destinate al servizio di patologia clinica aziendale della

ASL 02" (CIG 6785811462), importo a base di gara € 1.925.000,00, per la

durata di 60 mesi”), alla procedura aperta per la “*Fornitura quinquennale in*

service di sistemi analisi e materiali di consumo per Patologia Clinica,

articolata in 20 lotti", di cui al bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. 5a

Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 100 del 31.8.2016 dalla Azienda

Sanitaria Locale 2 — Lanciano / Vasto / Chieti, e da aggiudicarsi secondo il

criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95

del d.lgs 50/2016;

- la medesima si è classificata 2 tra le uniche due concorrenti per quel lotto, mentre la controinteressata è risultata aggiudicataria;

- nel ricorso si espone che la controinteressata doveva essere esclusa per mancanza dei requisiti tecnici dei prodotti offerti; che in subordine il punteggio maggiore doveva essere attribuito alla ricorrente; che in via ulteriormente subordinata l'intera procedura dovrebbe essere annullata perché sarebbe durata troppo a lungo nel tempo;

- con ricorso incidentale, la controinteressata ha censurato la mancata esclusione della ricorrente per mancanza della certificazione EN ISO 13485 e per aver offerto provette dal tappo ocra anziché rosso; nonché l'attribuzione alla medesima di 16 punti anziché 6 per provette non a riempimento totale, con conseguente carenza di interesse delle censure tese a sovvertire il punteggio in favore della ricorrente stessa;

- alla udienza del 23 aprile 2021 la causa è passata in decisione;
- il ricorso principale è fondato nei termini di seguito specificati;
- da pag. 61 in poi del capitolato di gara, con riferimento al lotto 17, la Stazione appaltante ha prima descritto i requisiti minimi di tutte le provette richieste, poi i requisiti che incidono sui criteri di valutazione, infine ha specificato il numero e la tipologia delle provette richiesta per la fornitura

(“Numero totale e tipologia di provetta richieste. Ciascuna Azienda dovrà

fornire le indicazioni riportate in tabella e fornire le schede tecniche delle

provette");

- in tale ultima tabella, in particolare, l'Amministrazione ha illustrato in modo dettagliato le caratteristiche dimensionali e di colorazione, oltre che la quantità, dei prodotti richiesti, si tratta quindi della specificazione dell'oggetto del contratto che la medesima aveva intenzione di stipulare;
- ne consegue che offerte di prodotti con caratteristiche diverse da tali specificazioni dei beni richiesti devono intendersi non valide proprio perché con oggetto non corrispondenti alla richiesta della Stazione appaltante;
- né in tal caso si può ricorrere al principio di equivalenza, atteso che esso riguarda le caratteristiche tecniche dei prodotti ex articolo 68 comma 7 del d.lgs. 50 del 2016 (Tar Napoli, sentenza 1391 del 2020) e non invece la difformità oggettiva e sostanziale rispetto a quanto richiesto dall'Amministrazione, che concretizza una ipotesi di aliud pro alio e che dunque impedisce proprio l'accordo sull'oggetto, con conseguente

esclusione dell'offerta a prescindere da un precisa comminatoria nel bando (Tar Bari sentenza 718 del 2018);

- il colore e le dimensioni, infatti, sono stati posti nel capitolato sullo stesso piano della quantità, nella descrizione dell'oggetto della fornitura, dunque la fornitura di beni con colori e dimensioni diverse è paragonabile a una fornitura di quantità diverse; nessun principio di equivalenza in sostanza autorizza la stazione appaltante a modificare la predeterminazione dell'oggetto stesso della fornitura;

- ciò premesso, in punto di fatto, non appare contestato, e lo ammette anche la controinteressata nella propria memoria, che nel caso di specie alla voce 12 il capitolato richiedeva provette delle dimensioni 13x75, mentre alla voce 13 provette 13x100, e invece la controinteressata ha offerto solo provette 13x100;

- è indubbio pertanto che, almeno in parte, la controinteressata abbia offerto prodotti diversi, e per quanto appena detto non appare idonea a superare questo dato di fatto neanche la valutazione di equivalenza da parte del seggio di gara che non ha proprio la funzione di modificare la previsione dei beni da fornire contenuta nella lex specialis, ove, come pure evidenziato, sono state distinte per dimensioni e colori le varie provette richieste nella quantità di fianco di volta in volta specificata; la valutazione delle caratteristiche tecniche diverse deve cioè pur sempre avvenire nell'ambito dei beni descritti come oggetto della fornitura (come nel diritto civile le qualità promesse riguardano un ambito diverso dalla individuazione dei beni oggetto del contratto);

- simili considerazioni possono poi essere svolte anche con riferimento alle voci da 1 a 4, nelle quali il capitolato richiedeva che le fialette ivi descritte avessero il tappo rosso, mentre la controinteressata le ha offerte con il tappo giallo/rosso;

- peraltro, a tal proposito, proprio la controinteressata, nella sua memoria, affermando di essersi scrupolosamente attenuta alle norme ISO 6710, il cui rispetto era pure richiesto dalla lex specialis, ha indirettamente chiarito che v'è una precisa funzione svolta anche dal colore del tappo (ma ciò vale

come obiter dictum, atteso che, come specificato, si verte sul piano dell'oggetto della fornitura e non dell'equivalenza tecnica ammissibile tra prodotti comunque astrattamente rientranti nella individuazione dell'oggetto ma con caratteristiche tecniche diverse da quelle previste); inoltre, ove la medesima avesse voluto far valere la contraddittorietà tra le succitate norme ISO 6710 e la specificazione del tappo rosso, avrebbe dovuto impugnare sul punto la *lex specialis* sebbene in via incidentale;

- l'accoglimento di tale censura è assorbente, in quanto proposta in via principale e implicante l'esclusione della offerta di parte controinteressata, sicché è idonea a soddisfare pienamente la pretesa di parte ricorrente all'aggiudicazione;

- passando dunque all'esame del ricorso incidentale, il Collegio ne rileva la infondatezza;

- a pagina 61 del capitolato, tra i requisiti minimi delle provette, era

specificato che essere dovessero *“rispondere agli standard: ISO 9001, EN*

ISO 13485, EN ISO 14971, EN ISO 14820, EN 552, EN 980”;

- a tal proposito la controinteressata ha evidenziato che il certificato EN ISO 13485 allegato in gara dalla ricorrente risulta rilasciato in data 17/2/2011 e in scadenza il successivo 20/2/2016, dunque esso dovrebbe ritenersi scaduto prima della data ultima di presentazione delle offerte (5.12.2016), sicché anche la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara;

- come rilevato da quest’ultima, e dimostrato tramite deposito della relativa certificazione, esisteva una certificazione ENI ISO 13485, intestata alla società produttrice Greiner e con validità dal 26.11.2014 al 20.02.2017;

- dunque in tal caso non vi è alcuna mancanza sostanziale dei requisiti minimi ma un mero errore nella produzione della certificazione scaduta;

- per quanto concerne l’altra censura contenuta nel ricorso incidentale, e riguardante la voce 4 (“provetta per siero 13x75”), secondo la

controinteressata la ricorrente ha offerto il codice-prodotto n. 454473 il cui tappo, dalla scheda allegata alla relazione tecnica, risulterebbe essere di colore ocra, anziché rosso, come prescritto dalla lex specialis;

- anche a tal proposito, tuttavia, la ricorrente ha dimostrato che nel listino nonché in due punti della offerta economica e della relazione tecnica ha sempre specificato che il tappo offerto per tali fialette sarebbe stato in ogni caso quello rosso;

- inoltre ha prodotto una dichiarazione del 29 marzo 2021 della ditta produttrice Greiner in cui si precisa che nel periodo di presentazione delle domande, la ditta produttrice non aveva aggiornato le descrizioni del listino con quanto risultante nelle schede tecniche dei prodotti, con particolare riferimento al colore di quelle fiale;

- appare dunque evidente che, in tal caso, la situazione è affatto diversa da quella esaminata con il ricorso principale, atteso che risulta con ragionevole chiarezza che la ricorrente abbia effettivamente voluto offrire una fiale con il tappo rosso (tra l'altro disponibile tra quelle offerte dal produttore con quel codice, come da questi dichiarato), e tali evidenze non appaiono superabili con il semplice riscontro incrociato di un codice semplicemente non aggiornato secondo quanto chiarito dalla società produttrice;

- essendo stata assorbita la censura subordinata riguardante il calcolo dei punteggi, nel ricorso principale, ne consegue che deve ritenersi privo di interesse l'esame della parallela censura contenuta nel ricorso incidentale;

- le spese seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nella parte in cui non

hanno disposto l'esclusione dalla gara della controinteressata e la conseguente aggiudicazione alla ricorrente.

Condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata, in solido tra loro, al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese processuali, liquidate in complessivi euro 4.000,00, oltre contributo unificato e accessori come per legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Massimiliano Ballorani, Consigliere, Estensore