

APPALTI: Contratti della P.A. - Appalti di forniture - Prodotto avente caratteristiche diverse dal capitolato speciale - Esclusione - Legittimità - Principio di equivalenza - Limiti.

Tar Abruzzo - Pescara, Sez. I, 5 giugno 2021, n. 292

“[...] 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) [...]”.

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 oca, 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 Balloriani, Consigliere, Estensore

