

APPALTI: Contratti della P.A. - Appalti di forniture - Criterio del prezzo più basso - Prodotto offerto diverso da quello richiesto dalla *lex specialis* - Esclusione - Difetto di previsione nel bando della esclusione automatica per l'offerta di un prodotto differente - Sostanziale equivalenza del prodotto offerto - Dimostrazione - Illegittimità.

Tar Veneto - Venezia, Sez. III, 3 giugno 2021, n. 749

“[...] il principio di equivalenza “permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’Amministrazione” [...];

- il principio di equivalenza “trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e l’effetto di escludere un’offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l’equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all’offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità” [...];

*- “l’art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un’apposita formale dichiarazione circa l’equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*” [...].”*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l’art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020;

Visto l’art. 4 del decreto legge n. 28 del 2020, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 70 del 2020;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021, tenutasi ai sensi del combinato disposto degli artt. 25, comma 1, d.l. n. 137 del 2020 e 4, d.l. n. 28 del 2020, la dott.ssa Alessandra Farina e udito il difensore di parte ricorrente, come specificato nel verbale;

Sentita la parte ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Esponde la ricorrente di aver partecipato alla gara indetta dalla ULSS n. 4 Veneto Orientale per l'affidamento diretto, previa richiesta di preventivi, della fornitura di lenzuolino politenato in rotolo, per il periodo di 24 mesi, per l'importo a base d'asta di 52.000 euro, da aggiudicarsi sulla base del criterio del minor prezzo, così come da lettera di invito del 4 gennaio 2021.

Con nota inviata via mail alla ricorrente in data 8 febbraio 2021 il Provveditorato Economato dell'azienda Ulss n. 4 si rivolgeva alla ricorrente, quale soggetto partecipante alla gara come da verbale del 26.1.2021, sollecitando *“..la Vostra disponibilità a poter presentare una campionatura del lenzuolino politenato in rotolo da Voi offerto, quale prodotto equivalente rispetto al modello richiesto (CELTEX cod.60205), unitamente ad una scheda illustrativa del prodotto.*

La campionatura, imballata in colli chiusi e sigillati recanti all'esterno la dicitura "Fornitura di lenzuolino politenato in rotolo - Campionatura; C.A. Bellini Martina - uoc Provveditorato Economato Gestione della Logistica" e con indicato esternamente in formato visibile la scritta "NON APRIRE", dovrà essere consegnata presso il magazzino aziendale sito presso il P.O. di San Donà di Piave, via Nazario Sauro 25 (accesso via Verdi - orari: dal lunedì al venerdì dalle ore 8:00 alle 12:00), accompagnata dal documento di trasporto.” (cfr. doc. n. 4 parte ricorrente).

Quindi in sede di gara, come da verbale del 12 marzo 2021, aperte le buste tecniche dei concorrenti ammessi, la Commissione di gara rilevava che l'offerta della ricorrente non corrispondeva a quanto richiesto dalla lettera di invito con riferimento al codice articolo (“CELTEX COD. 6025”), avendo offerto un prodotto avente codice articolo 420143.

La Commissione ha quindi decretato l'esclusione della ricorrente in quanto offerente un prodotto avente codice articolo diverso da quello richiesto dalla lettera di invito, non essendo *“..stata provata, ai sensi dell'art. 68, comma 7, con qualsiasi mezzo appropriato, che la soluzione proposta ottempera in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche richieste. Ricordato, altresì, che nella sezione “documenti di gara” è stato pubblicato il “Chiarimento nr. 2 nel quale veniva specificato che “è richiesto il codice prodotto con codice art. CELTEX cod. 60205” e che quindi non era ammessa la presentazione di un prodotto equivalente”*

Seguiva il provvedimento del 2 aprile 2021 n. 343, comunicato il successivo 7 aprile 2021, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione della fornitura alla ditta Polo srl e l'esclusione della ricorrente per le medesime argomentazioni espresse nei verbali di gara.

Nonostante i tentativi volti ad ottenere una revisione in autotutela della decisione assunta dall'amministrazione, con i provvedimenti qui impugnati veniva confermato il provvedimento di

esclusione dalla gara della ricorrente e quindi l'aggiudicazione della stessa alla controinteressata, Polo srl.

Avverso tali provvedimenti è insorta la ricorrente con il ricorso in epigrafe, assistito da istanza cautelare, con il quale sono state dedotte le seguenti censure:

Violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, anche con riferimento all'art. 42 della Direttiva 2014/24/UE, nonché dell'art. 86 del d.lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, illogicità.

L'amministrazione avrebbe proceduto in termini contraddittori ed in violazione della normativa richiamata, atteso che per un verso ha sostenuto che il prodotto offerto dalla ricorrente sarebbe difforme da quello richiesto espressamente dalla lettera di invito, senza ammettere un giudizio di equivalenza, salvo poi precisare, senza peraltro fornire motivazione in merito, che detta equivalenza non era stata comprovata adeguatamente.

In realtà, secondo la difesa istante, le caratteristiche descritte nella lettera di invito, pur avendo fatto riferimento al prodotto Celtex, individuato con il codice articolo 60205, hanno fatto riferimento a specifiche caratteristiche tecniche suscettibili di essere accertate anche in altri prodotti analoghi distribuiti da ditte che sono state espressamente invitate alla gara (così dimostrando di ammettere anche la fornitura di prodotti di marchi diversi), purchè aventi caratteristiche corrispondenti a quelle prescritte come caratteristiche essenziali.

Tale considerazione risulta avallata dalla richiesta avanzata dal Provveditorato a fornire una campionatura del prodotto offerto, cui la ricorrente ha aderito fornendo anche la scheda del prodotto, peraltro già presentata in sede di offerta, contenente tutte le caratteristiche tecniche così come indicate dalla lettera di invito, onde procedere ad un'analisi comparativa ai fini del giudizio di equivalenza.

A fronte di tali richieste e in applicazione del disposto di cui all'art. 68 D.lgs. 50/2016, al fine di assicurare la massima partecipazione, l'amministrazione avrebbe quindi dovuto ammettere la ricorrente alla gara, valutando l'equivalenza del prodotto offerto rispetto alla tipologia di prodotto indicato, consentendo la massima partecipazione, non avendo espressamente motivato le ragioni della preferenza accordata in via esclusiva al prodotto a marchio Celtex.

La stessa formulazione della lettera di invito, che ha specificato che gli articoli offerti dovevano corrispondere alla descrizione riportante le esatte caratteristiche tecniche (*biaccoppiato microincollato un velo 100% pura cellulosa + un velo in polietilene PE – grammatura/mq 30 (velo di cellulosa) + gr/mq 13 micron (velo in PE) (+/- 5%) – colore celeste – 132 strappi – diametro rotolo cm. 10 – diametro foro anima mm. 39*), indicava chiaramente che il prodotto da offrire

doveva possedere determinate caratteristiche, così come riscontrabili nel modello Celtex, indicato per garantire il livello della fornitura, senza tuttavia imporre la fornitura di tale solo prodotto, mancando alcuna specifica indicazione al riguardo, in modo tale da assicurare la partecipazione anche di ditte in grado di fornire un prodotto con caratteristiche equivalenti e corrispondenti a quelle richieste dalla stazione appaltante.

In tal senso la richiesta di campionatura avalla l'ammissibilità della presentazione di prodotti equivalenti, equivalenza che la ricorrente ha comprovato anche attraverso la presentazione della scheda tecnica riportante tutte le caratteristiche tecniche del prodotto offerto.

La diversa determinazione assunta dalla Commissione di gara e condivisa dalla stazione appaltante, che ha escluso la ricorrente per non aver offerto il prodotto con il codice articolo Celtex 60205, in quanto ritenuto l'unico articolo richiesto, salvo affermare la mancata prova dell'equivalenza del prodotto offerto, senza alcuna ulteriore argomentazione, nonostante l'invio da parte della ricorrente della scheda del prodotto contenente tutte le caratteristiche dello stesso, peraltro corrispondenti a quelle indicate nella lettera di invito, risulta pertanto illegittima e con essa la successiva aggiudicazione della gara alla controinteressata.

L'amministrazione intimata e la controinteressata, cui il ricorso è stato regolarmente notificato via PEC, non si sono costituite in giudizio.

Alla Camera di Consiglio del 26 maggio 2021, tenutasi ai sensi del combinato disposto degli artt. 25, comma 1, d.l. n. 137 del 2020 e 4, d.l. n. 28 del 2020, udito il difensore di parte ricorrente, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione, potendo essere deciso con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti.

Il ricorso è meritevole di accoglimento per le seguenti considerazioni.

La lettera di invito, rivolta ai distributori del settore, ha indicato al punto 2 le caratteristiche della fornitura, specificando:

Descrizione: lenzuolino medico politenato h.60 lunghezza rotolo mt 50 (come doc. 60205 CELTEX)

Caratteristiche tecniche : biaccoppiato microincollato un velo 100% pura cellulosa + un velo in polietilene PE – grammatura/mq 30 (velo di cellulosa) + gr/mq 13 micron (velo in PE) (+/- 5%) – colore celeste – 132 strappi – diametro rotolo cm. 10 – diametro foro anima mm. 39)

Codice articolo richiesto : CELTEX COD. 60205

La gara sarebbe stata aggiudicata secondo il criterio del minor prezzo, previa verifica del possesso dei requisiti tecnici di cui all'art.2 “ Caratteristiche della fornitura”, della lettera di invito.

La ricorrente ha partecipato alla gara, offrendo un prodotto che in base alla scheda tecnica, come allegata all'offerta, risulta avere le caratteristiche tecniche richieste, pur non essendo il modello CELTEX 60205, offrendo, come richiesto dal Provveditorato, a comprova di tali requisiti tecnici, la campionatura e la scheda tecnica.

Il provvedimento di esclusione è stato motivato con riferimento al fatto che non era stato offerto il modello CELTEX 60205, risultando esclusa la possibilità di offrire un prodotto diverso, ad esso equivalente; contestualmente è stato precisato che comunque non era risultata comprovata con ogni mezzo l'equivalenza del prodotto offerto.

Le doglianze dedotte in ricorso sono fondate, in quanto la disposta esclusione non trova riscontro nelle prescrizioni dettate dalla lettera di invito e risulta contraddittoria sia con il procedimento seguito dall'amministrazione nel corso della gara, laddove ha espressamente richiesto l'invio di campionatura e documentazione tecnica al fine di effettuare il giudizio di equivalenza, sia in quanto non rispetta il disposto normativo di cui all'art. 68 del codice degli appalti, in base al quale il principio di equivalenza costituisce principio immanente nelle pubbliche gare, al fine di assicurare la più ampia partecipazione, principio derogabile solo a fronte di una motivata, espressa ed inequivoca previsione di gara che giustifichi la richiesta di un prodotto specifico.

In ordine al rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice dei Contratti la giurisprudenza si è costantemente espressa, affermando che:

- il principio di equivalenza “permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364. Conformi ex multis: Cons. Stato, Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081; Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212);
- il principio di equivalenza “trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e l'effetto di escludere un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2018, n. 6721);

- "l'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013; Id., Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 747).

Ciò premesso e condiviso, va osservato che la lettera di invito non richiedeva espressamente, a pena di esclusione, che venisse offerto unicamente il lenzuolino "(come doc. 60205 CELTEX)", proseguendo con la puntuale indicazione delle caratteristiche tecniche richieste, cui doveva corrispondere esattamente il prodotto offerto.

La presentazione di un prodotto diverso dall'articolo indicato, ma avente le caratteristiche richieste dalla lettera di invito è stata confermata dalla richiesta della campionatura e della scheda tecnica, proprio ai fini della valutazione di equivalenza, richiesta - che diversamente non avrebbe avuto alcuna ragione di essere - inoltrata ai concorrenti da parte dell'amministrazione.

Né l'amministrazione ha evidenziato le particolari ragioni per le quali l'unico prodotto suscettibile di valutazione sarebbe stato quello contraddistinto con il codice articolo 60205 Celtex.

Lo stesso provvedimento di esclusione, nel recepire la decisione assunta dalla Commissione in sede di gara, conferma la contraddittorietà della decisione assunta dall'amministrazione, laddove per un verso rileva che il prodotto offerto non è quello asseritamente richiesto in via esclusiva e al contempo rileva che l'equivalenza non è stata adeguatamente comprovata, nonostante l'invio della campionatura e la documentazione tecnica, della cui valutazione non vi è alcuna menzione.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte, l'esclusione della ricorrente è da ritenersi illegittima e deve, pertanto, essere annullata, con riammissione della ricorrente alla gara da qua: tale annullamento travolge necessariamente tutti gli atti impugnati e quindi anche l'aggiudicazione della gara alla controinteressata.

Conseguentemente il ricorso va accolto e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati, con conseguente obbligo dell'amministrazione di riprendere la procedura di gara con la riammissione della ricorrente, onde poter effettuare la valutazione della sua offerta comparativamente con quella dei concorrenti in precedenza già ammessi, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura, anche in termini di equivalenza del prodotto da questa offerto, concludendo la gara con l'affidamento della fornitura secondo il criterio di aggiudicazione prefissato.

Le spese possono essere compensate con la controinteressata, mentre nei confronti dell'amministrazione intimata seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, così come specificato in parte motiva.

Condanna l'amministrazione intimata alla refusione delle spese di lite, che liquida in 2000,00 € (duemila/00), oltre oneri di legge.

Compensa le spese nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

Paolo Nasini, Referendario