



Rivista IUS et SALUS

Roma, 17.09.2020

Le esigenze del committente pubblico come termine di paragone per valutare l'equivalenza dei prodotti

di Giulio Rivellini, dottore in Giurisprudenza

Cons. Stato, sez. III, 17.08.2020, sentenza n. 5063

Greiner Bio-One Italia S.r.l. c./ AOU Maggiore della Carità di Novara et al.

Le specifiche tecniche hanno il compito di rendere intellegibile il bisogno che la stazione appaltante intende soddisfare con la pubblica gara più che quello di descrivere minuziosamente le caratteristiche del prodotto offerto dai concorrenti. Pertanto, il prodotto può ritenersi equivalente laddove - pur essendo carente di taluno e/o taluni requisiti indicati nella lex specialis - nondimeno soddisfi alla stessa maniera l'interesse perseguito dalla stazione appaltante e, quindi, garantisca lo stesso risultato preventivato con l'introduzione della specifica tecnica.

La sentenza in commento trae origine da una gara congiunta bandita da diverse Aziende Sanitarie Locali della Regione Piemonte avente ad oggetto una fornitura per prelievi sottovuoto e sistemi per il microprelievo pediatrico di campioni biologici destinati alla diagnostica di laboratorio.

Uno dei lotti messi a gara riguardava la fornitura di provette sottovuoto con trattamento di litio-eparina per la raccolta ematica, il cui periodo di validità era stato dettagliatamente disciplinato, nella *lex specialis*, dalle stazioni appaltanti. In sintesi, era richiesto che il prodotto fosse dotato (i) di una durata “minima” pari a dodici mesi e (ii) di una durata “residua” di almeno a nove mesi. Per durata “minima” si intendeva il periodo intercorrente tra la data di *produzione* e quella di scadenza; invece la durata “residua” corrispondeva al periodo intercorrente tra la data di *consegna* del prodotto al committente e quella di scadenza.

La Becton Dickinson Italia S.p.A. risultava aggiudicataria di uno dei lotti pur avendo presentato un’offerta per delle provette che – ferma restando la loro durata “residua” di nove mesi – potevano avere una durata “minima” oscillante tra gli undici e i dodici mesi.

La seconda classificata impugnava l’aggiudicazione denunciando la violazione della legge di gara con richiesta di esclusione dell’aggiudicataria. La ricorrente sosteneva che le provette offerte dall’aggiudicataria non potessero essere considerate equivalenti a quelle previste dalla *lex specialis* di gara, poiché le due caratteristiche richieste – *i.e.* la durata “minima” e quella “residua” – dovevano sussistere cumulativamente; in base a ciò, l’offerta dell’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, perché priva di uno dei requisiti: il periodo minimo di validità di dodici mesi.

In primo grado, il Tar Piemonte – Torino, sez. I, con sentenza del 25.11.2019, n. 1171, rigettava il ricorso sulla base di due ordini di ragioni:

- i) anzitutto, perché non emergeva chiaramente dalla *lex specialis* che la specifica relativa alla durata minima di dodici mesi fosse prevista a pena di esclusione. Dunque, a fronte dell’oggettivo margine di ambiguità nell’interpretazione dei documenti di gara, bisognava richiamare il principio di tassatività delle cause di esclusione quale criterio ermeneutico e giungere quindi alla conclusione che *“non può legittimamente aderirsi all’opzione che, ove condivisa, comporterebbe l’esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l’ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10.9.2019, n. 6127; Cons. Stato, Sez. V, 15.1.2018, n. 187; Cons. Stato, Sez. V, 5.10.2017, n. 4644; Cons. Stato, Sez. V, 5.7.2017, n. 3302; Cons. Stato, Sez. V, 12.5.2017, n. 2232);
- ii) in secondo luogo, secondo il Tar, le stazioni appaltanti avevano correttamente applicato il principio di equivalenza, poiché, nella sostanza, l’offerta dell’aggiudicataria soddisfaceva le esigenze espresse dalla committenza dal momento che l’aspetto rilevante della fornitura era la garanzia di funzionalità del prodotto per il periodo di esecuzione del contratto (ossia la sua durata “residua” di nove mesi).

Com'è noto, infatti, ai sensi dell'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016, *“le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta”* se l'operatore economico dimostra *“con qualsiasi mezzo appropriato”* che *“le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”*.

Le argomentazioni del Tar appena riassunte sono state pienamente confermate anche in appello dai Giudici di Palazzo Spada, i quali hanno delineato in modo chiaro i presupposti di applicazione del principio di equivalenza.

In primo luogo, sulla scorta di una giurisprudenza ormai consolidata, il Consiglio di Stato ha ribadito che *“il criterio dell'equivalenza non può subire una lettura limitativa o formalistica ma deve, al contrario, godere di un particolare favore perché è finalizzato a soddisfare l'esigenza primaria di garantire la massima concorrenza tra gli operatori economici”* (cfr. CGARS, 20.7.2020 n. 634; Tar Campania – Napoli, sez. I, 16.3.2020, n. 1134). In base a questo assunto, l'applicazione del principio di equivalenza non può ridursi ad una verifica formale della corrispondenza tra le specifiche del prodotto offerto e quelle richieste dal bando, ma deve piuttosto esaltare la conformità sostanziale dell'offerta alle esigenze della stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28.9.2018, n. 5568; Cons. Stato, sez. III, 2.3.2018, n. 1316).

Ed è proprio questo lo snodo che caratterizza la sentenza in commento, secondo la quale *“Le specifiche tecniche hanno, infatti, il compito di rendere intellegibile il bisogno che la stazione appaltante intende soddisfare con la pubblica gara più che quello di descrivere minuziosamente le caratteristiche del prodotto offerto dai concorrenti. Pertanto, il prodotto può ritenersi equivalente laddove - pur essendo carente di taluno e/o taluni requisiti indicati nella lex specialis - nondimeno soddisfi alla stessa maniera l'interesse perseguito dalla stazione appaltante e, quindi, garantisca lo stesso risultato preventivato con l'introduzione della specifica tecnica”* (§ 9.1.).

Il Consiglio di Stato dunque - in continuità con la giurisprudenza precedente (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 2.09.2013, n. 4364) - ha evidenziato il carattere “teleologico” del principio di equivalenza: non importa che il prodotto offerto presenti delle caratteristiche in tutto e per tutto sovrapponibili a quelle richieste dalla *lex specialis*, ciò che conta è che questo sia in grado di soddisfare le esigenze della stazione appaltante, anche a detrimento di altre funzionalità che potrebbero astrattamente caratterizzare quel determinato prodotto.

Nel caso di specie, quindi, sarebbe stato irragionevole escludere l'offerta dell'aggiudicataria per il solo fatto che il prodotto non aveva durata “minima” di dodici mesi, perché quel che interessava alle Asl era la possibilità di utilizzare le provette per un tempo “residuo” di almeno nove mesi.

E proprio perché le esigenze espresse dalla pubblica amministrazione rappresentano, in un certo senso, il termine di paragone per saggiare l'equivalenza di due prodotti, *“il sindacato giurisdizionale sul giudizio di equivalenza reso in sede di gara deve attestarsi su riscontrati (e prima ancora dimostrati) vizi di manifesta*

erroneità o di evidente illogicità del giudizio stesso” (§ 9.2 della sentenza in commento – *cfr.* anche Cons. St. sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364). Si tratta di un sindacato debole, quindi, in ragione dell’ampia discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nell’autodeterminarsi circa le proprie esigenze.

Precedenti giurisprudenziali:

- CGARS, 20.7.2020 n. 634;
- Tar Campania – Napoli, sez. I, 16.03.2020, n. 1134;
- Cons. Stato, sez. III, 28.09.2018, n. 5568;
- Cons. Stato, sez. III, 2.03.2018, n. 1316;
- Cons. Stato, sez. III, 2.09.2013, n. 4364;

Riferimenti bibliografici:

- ANDRACCHIO D., *Il principio di equivalenza tra tutela della concorrenza e appropriatezza tecnica dell’offerta. Prendendo le mosse da una gara per l’aggiudicazione di una fornitura di dispositivi medici*, in *Ius et Salus*, 2020 (2);
- FONTANA P., *Bandi e avvisi* (artt. 66-76), in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 559 ss.;
- INVERNIZZI R., *Specifiche tecniche*, in SANDULLI M.A. –DE NICTOLIS R., *Trattato dei contratti pubblici*, pp. 243 ss.