

Principio di equivalenza del prodotto oggetto di fornitura.

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 7-5-2018

1. Nel caso in cui la stazione appaltante indichi e circoscriva l'oggetto dell'appalto con riferimento ad un prodotto esistente in natura e non coincidente con una produzione industriale specifica e determinata, il richiamo al principio di "equivalenza" non può consentire di distorcere l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente.

Guida alla lettura

Il T.A.R. accoglie il ricorso con cui è stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva di un lotto della fornitura di calzature e dispositivi di protezione individuale, avendo riscontrato la difformità del prodotto offerto rispetto a quello posto a base di gara, a seguito di una verifica disposta su richiesta della società ricorrente ed accolta in considerazione della riscontrata complessità delle questioni tecniche sottoposte al vaglio del Tribunale.

Tale accertamento conduce il T.A.R. a considerare l'aggiudicazione viziata da un errore di interpretazione della legge di gara da parte della commissione, la quale aveva ammesso l'offerta di un prodotto diverso da quello che, a pena di esclusione, avrebbe dovuto essere fornito.

Al riguardo, partendo dal principio di "equivalenza", in base al quale le "specifiche tecniche" dei prodotti oggetto dell'appalto devono essere individuate evitando le limitazioni alla concorrenza ed alla partecipazione che deriverebbero dall'indicazione di caratteristiche eccessivamente restrittive, quali una determinata fabbricazione o provenienza ovvero uno specifico marchio o brevetto, si afferma che quando il committente ha indicato o, comunque, circoscritto l'oggetto dell'appalto con riferimento ad un prodotto esistente in natura, il quale, dunque, non coincide con una produzione industriale specifica e determinata, il richiamo a tale principio non può consentire di stravolgere l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente – il c.d. *aliud pro alio* -, finendo per rendere indeterminato l'oggetto dell'appalto medesimo. Né, in questi casi, la commissione giudicatrice potrà utilizzare la propria discrezionalità tecnica per introdurre una modifica sostanziale dell'oggetto della gara rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis*.

Repubblica Italiana

In nome del popolo italiano

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 909 del 2016, proposto da:

Volta Professional S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Azzo Gandino, 8/A;

contro

Intercent-Er Agenzia Regionale Sviluppo Mercati Telematici Emilia Romagna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via G.Vaccaro 6;

nei confronti

Flower Gloves S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Augusto Mosconi, Enrico Buono, con domicilio eletto presso lo studio Enrico Buono in Bologna, via n.Sauro n.2;

per l'annullamento

della Determinazione n.256 del 07.10.2016 comunicata a mezzo Pec il successivo 12.10.2016 con cui INTERCENT-ER ha disposto l'aggiudicazione definitiva del lotto 2 "Calzature di sicurezza" relativamente alla procedura per la "fornitura di calzature e dispositivi di protezione individuale 3" a favore delle Amministrazioni indicate dall'art.19 L.R. dell'Emilia Romagna n.11/2004 per un importo complessivo pari ad € 531.831,96 dei verbali di gara, nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o conseguente, anche non cognito, se e per quanto occorrer possa;

nonché per l'annullamento previa declaratoria d'inefficacia della convenzione-quadro eventualmente sottoscritta da Intercent-er con Flower Gloves Srl relativamente al lotto 2 dei contratti e/o ordinativi di fornitura eventualmente già inviati a Flower Glower srl per illegittimità derivata dall'illegittimità propria di tutti gli atti sopra impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-Er Agenzia Regionale Sviluppo Mercati Telematici Emilia Romagna e di Flower Gloves S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 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 è stato impugnato il seguente atto : determina n. 256 del 7.10.2016, comunicata a mezzo PEC il successivo 12.10.2016, con cui Intercent ER ha disposto l'aggiudicazione definitiva del lotto 2, Calzature di sicurezza relativamente alla procedura per la fornitura di calzature e dispositivi di protezione individuale, a favore delle amministrazioni indicate dall'art. 19 LR Emilia Romagna 11/2004 per un importo complessivo pari a € 531.831,96.

Il ricorso è stato affidato al seguente motivo :

1) Violazione di legge per violazione artt. 1, 3, e 5 disciplinare di gara in combinato disposto con il capitolato tecnico allegato B relativo al lotto 2 relativamente alle caratteristiche tecniche minime delle calzature e dispositivi di protezione individuale; eccesso di potere per disparità di trattamento, sviamento di potere e irrazionalità manifesta.

2). Istanza di risarcimento dei danni.

Entrambe le controparti hanno depositato in giudizio memorie e documenti.

In data 24.3.2017 Intecent ha depositato nota spese.

l). Giova richiamare in via preliminare i fatti di causa :

a). con bando di gara pubblicato sulla GUUE in data 19.12.2015, GURI n. 151 del 23.12.2015 e bollettino ufficiale della Regione Emilia Romagna e sito dell'Intercent, è stata indetta la procedura di gara aperta per affidamento della fornitura di calzature e dispositivi di protezione individuale a favore delle amministrazioni previste all'art. 19 LR Emilia Romagna n. 11/2004;

b). la gara doveva essere aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con punteggio di 50 punti da assegnare all'offerta economica e 50 punti da assegnare alla offerta tecnica;

c). il disciplinare di gara stabiliva che la fornitura di calzature e dispositivi di protezione individuale relativi a ciascun lotto doveva rispondere ai requisiti tecnici minimi prescritti nell'allegato 5 capitolato tecnico; "la mancata corrispondenza dei prodotti offerti alle specifiche descrizioni/caratteristiche previste dal capitolato tecnico e suoi allegati avrebbe comportato l'esclusione dalla procedura";

d). nella seduta pubblica del 21.6.2016 si procedeva alla apertura delle buste economiche; la Flower Gloves otteneva punti 86,96; la ricorrente 84,19; la commissione aggiudicava la gara alla prima impresa (a cui verificava la congruità dell'offerta).

II). Giova richiamare sempre in via preliminare le previsioni del bando e del capitolato tecnico.

Il disciplinare di gara – al punto 1 – prevede che : <oggetto dell'appalto è la stipulazione di una convenzione per ciascun lotto, per la fornitura di calzature e dispositivi di protezione individuale, i cui requisiti tecnici minimi devono rispondere a quanto prescritto nell'Allegato 5 Capitolato tecnico>.

Al successivo punto 5 il disciplinare dispone che : <per tutti i prodotti oggetto di valutazione la Commissione giudicatrice verificherà la corrispondenza dei prodotti offerti alle caratteristiche prescritte dal capitolato tecnico e suoi allegati, sulla base della documentazione fornita dai concorrenti come da paragrafo 3, Modalità di presentazione dell'offerta e della campionatura presentata, come da paragrafo Campionatura; a tal fine, si precisa che sono ammesse variazioni di foggia purchè tali variazioni non vadano a incidere sulla funzionalità del prodotto stesso.

Il giudizio della Commissione giudicatrice circa la mancata corrispondenza dei prodotti offerti alle specifiche /descrizioni /caratteristiche previste dal capitolato tecnico e dai suoi allegati, salvo quanto sopra precisato, comporterà l'esclusione dalla gara>.

Passando al capitolato, l'art. 2 prevede, tra l'altro, che : <sono ammesse modifiche nella foggia solo a condizione che i prodotti offerti non subiscano alterazioni della funzionalità della qualità e del comfort di cui al presente capitolato tecnico>.

L'Allegato B al capitolato tecnico, per il lotto 2, prevede poi che : <le calzature devono avere di norma una numerazione almeno dal 36/47>.

I successivi chiarimenti forniti dalla PA (aggiornati all'1.2.2016) hanno specificato alla domanda n. 9 (CL2.5A) che : <il campione della calzatura CL2.5A deve essere in microfibra/tessile>.

III). Tanto premesso, può passarsi al merito del ricorso.

Con il motivo di ricorso la ricorrente ricorda che la conformità dei prodotti alle specifiche tecniche previste deve intendersi obbligatoria; la stessa è punibile, in caso di difformità di anche solo uno dei prodotti offerti, con l'immediata esclusione dalla procedura.

In ricorso elenca una serie di difformità che sarebbero relative ai prodotti offerti dalla controinteressata aggiudicataria (in particolare n. 5 difformità).

n. 1). In primo luogo, sostiene che <dall'esame della scheda tecnica relativa al prodotto identificato con il codice CL-2-1, stivale di sicurezza con puntale e lamina, si desume che il prodotto presentato dalla aggiudicataria presenta solamente delle taglie maschili con una numerazione che va dal n. 39 al n. 50; peraltro, lo stesso viene prodotto solamente in nero.

n. 2). In secondo luogo, sostiene che anche il prodotto indentificato con il codice CL2-2A - scarpa di sicurezza bassa con puntale invernale - non è conforme alle indicazioni del capitolato. Presenta una categoria di protezione diversa rispetto a quella richiesta dalla lex specialis (la S1) e contiene una lamina antiperforazione non contemplata in nessuna parte del capitolato.

n. 3). Il problema sussiste anche per il prodotto classificato come CL2-2B - scarpa di sicurezza bassa con puntale invernale. Anche questo articolo, a suo avviso, presenterebbe una categoria di sicurezza diversa rispetto a quella indicata in capitolato (invece della categoria S2 è stata presentata la S3).

n. 4). Ulteriore difformità per il prodotto CL2 -5A - scarpa di sicurezza alta tipo trekking con puntale e lamina per operatori dell'emergenza/URGENZA (118) estiva. In relazione a questa il capitolato e i successivi chiarimenti della PA richiedevano una calzatura da offrirsi in tomaio in materiale interamente in microfibra/tessile.

L'aggiudicataria – invece – ha offerto un prodotto realizzato con tomaia in pelle bovina pieno fiore idrorepellente traspirante.

n. 5). Infine, in relazione al prodotto identificato come CL2-5B - scarpa di sicurezza alta tipo trekking con puntale e lamina per operatori dell'emergenza/URGENZA (118) invernale – la stessa sarebbe totalmente priva di lattice.

In data 17.12.2016 la stazione appaltante ha depositato memoria.

In data 16.12.2016 ha depositato memoria anche la controinteressata Gloves.

Nelle repliche entrambe le controparti precisano che :

a). vi è la dichiarazione agli atti che attesta che tutte le forniture sono coerenti con le norme tecniche, come previsto da pag. 14 del capitolato dichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR 445/2000, attestante che i prodotti offerti rispondono ai requisiti minimi previsti nel capitolato tecnico; vi è il catalogo dello stivale, allegato alla offerta tecnica, che evidenzia i numerosi colori in cui lo stesso può essere fornito;

b). la scarpa offerta è in categoria S1 e ha come elemento migliorativo il profilo P cioè la suola antiperforante;

c). la previsione di specifiche tecniche comporta sempre l'ammissione di equivalenze; art. 67 codice appalti;

d). scarpa CL-2 2B : anche su questa scarpa lo stesso ricorrente evidenzia che la scarpa S3 ha tutti i requisiti della S2 con qualcosa in più : la suola antiperforante. Dunque è migliorativa con tutti i requisiti richiesti e qualcosa in più;

e). codice CL23 -5A : l'allegato B al capitolato di gara a pag. 6 recita : tomaio : rialzato interamente con microfibra /tessile con elementi colorati.

Entrambi i concorrenti hanno interpretato la norma di gara in senso funzionale e non formalistico, ritenendo che essa individui come tomaia la parte antero/superiore della scarpa.

In data 14.3.2017 la ricorrente ha depositato relazione tecnica dell'ing. Maccarone che esamina i 5 profili contestati.

In particolare :

n. 1). Il capitolato richiede una scarpa di categoria S1 e con un requisito aggiuntivo SRC.

La ditta Flower Gloves ha offerto un prodotto di categoria S1P ; il codice P (associato all'identificativo della categoria S1) definisce un requisito aggiuntivo per la calzatura ovvero la presenza di una lamina che attribuisce alla scarpa la resistenza alla perforazione. La presenza della lamina protegge da un rischio al quale i destinatari del prodotto non sono esposti alterando, conseguentemente, i requisiti di comfort, da cui ne derivano limitazione nell'uso, compromissione dei requisiti di leggerezza, ridotta flessibilità della suola, limitazione delle posizioni da assumere e conseguente affaticamento nell'uso delle stesse.

n. 2). La ditta Flower Gloves ha offerto un prodotto di categoria S3. La categoria S3 si differenzia dalla categoria S2 (richiesta) per la presenza aggiuntiva della lamina e di rilievi nella suola; stesso discorso di cui al punto n. 1.

n. 3). Il prodotto offerto dalla ditta Flower presenta tomaio in pelle bovina pieno fiore a fronte di una richiesta di un dispositivo con tomaio realizzato interamente in microfibra tessile.

Il materiale proposto per il tomaio altera i requisiti di comfort in termini di leggerezza e morbidezza dello stesso.

n. 4 . Il prodotto offerto dalla Flower è sprovvisto di certificazione latex free; si compromette il requisito relativo alla salute.

n. 5. Il prodotto offerto dalla Flower è monocolore (solo nero) a fronte di una richiesta di dispositivo in più colori.

Le parti hanno depositato ultime memorie nelle quali insistono nel richiamare il principio di equivalenza dei prodotti offerti.

La ricorrente insiste nel sostenere che l'aggiudicataria non ha mai offerto in sede di presentazione dell'offerta, né in fase successiva, alcuna prova in merito alla presunta equivalenza dei prodotti offerti, né nei verbali di gara si rinviene alcun giudizio di conformità sui differenti prodotti presentati dalla controinteressata.

Insiste altresì nel sostenere che, a differenza di quanto affermato, il prodotto CL2-1 non può essere offerto in diverse varianti, né in differenti colori, che non risultano affatto disponibili; il catalogo allegato in offerta tecnica (che richiama Intercent) si riferisce a un diverso codice prodotto; quello offerto in gara cod. C762041 viene fornito solamente in nero e con numerazioni che vanno dal 39 al 50.

Con ordinanza n. 344/2017 è stata disposta una verifica.

Il verificatore nominato ha depositato relazione in cui, sostanzialmente, ha rilevato alcune difformità nella offerta della aggiudicataria.

In proposito :

a). la presenza della lamina in tessuto antiperforazione costituisce un elemento di sicurezza in più (e non in meno) rispetto a quanto previsto strettamente da capitolato. Inoltre la presenza della lamina non altera le altre caratteristiche definite da capitolato in quanto la scarpa proposta risulta conforme alla Categoria I come da UNI EN ISO 20345.

b). la presenza della lamina in tessuto antiperforazione e di una suola scolpita o tassellata costituisce un elemento di sicurezza in più (e non in meno) rispetto a quanto previsto strettamente da capitolato.

c). la presenza di un numero superiore di strati nella fodera e di tomaio in pelle invece che in microfibra costituisce elemento migliorativo rispetto a quanto previsto strettamente da capitolato, in particolare in riferimento a permeabilità al vapore acqueo e coefficiente di permeabilità.

d). la calzatura offerta - CL2 5B – non è conforme a quanto previsto da capitolato. Difatti il CTU ha potuto verificare che la calzatura contiene del lattice contrariamente a quanto dichiarato da Flower Gloves in sede di presentazione della propria offerta e che, in determinate condizioni di utilizzo e/o di non integrità del dispositivo, il contatto tra lattice e pelle dell'utilizzatore possa avvenire.

In data 19.3.2018 Intercent deposita ultima memoria di replica alla CTU.

Sostiene che <la conclusione formale del CTU (il prodotto non è latex free e dunque è difforme dal capitolato) va letta in coerenza con la sua conclusione sostanziale (il latex non è stato trovato, in particolare non a contatto con la pelle)>.

Sostiene ancora che <se a causa dell'usura vi fosse una possibilità di contatto tra latex e piede in tal caso, come previsto dal capitolato, si darà luogo ad una sostituzione

espressamente prevista dal capitolato>.

Ciò premesso, reputa il Collegio che i chiarimenti forniti dal verificatore (cfr., il punto d. sopra citato) non risultano superati dalle repliche di Intercent.

In buona sostanza, si ritiene che l'aggiudicazione sia stato il frutto di errore di interpretazione della legge di gara da parte della commissione, che ha sostanzialmente consentito l'offerta di un prodotto diverso da quello che, secondo la stessa legge di gara, andava invece offerto a pena di esclusione.

Infatti, l'oggetto della fornitura era stato chiaramente individuato in altri prodotti (come sostenuto dalla ricorrente).

La finalità dell'art. 68 Cod. appalti, come noto, è quella di evitare indebite restrizioni alla concorrenza ed alla partecipazione ai pubblici appalti, che potrebbero verificarsi in caso di indicazione, da parte delle stazioni appaltanti, di specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive oppure costituite da una determinata fabbricazione o provenienza, se non addirittura da uno specifico marchio o brevetto; situazioni queste che sono scongiurate dall'obbligo in capo ai committenti di menzione nella legge di gara dell'espressione <<equivalente>>.

Tuttavia, nel caso in cui il committente indichi e circoscriva l'oggetto dell'appalto con riferimento ad un prodotto naturalmente esistente in natura (quale è nel caso di specie il "lattice"), non coincidente con una produzione industriale specifica e determinata, il richiamo al principio di equivalenza non può consentire di distorcere l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente (insomma, un vero e proprio "aliud pro alio"), finendo così per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto medesimo.

Neppure potrebbe sostenersi che in tali casi spetterebbe alla commissione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, valutare comunque in concreto l'equivalenza del prodotto, giacché il ruolo della commissione non può spingersi sino al punto di modificare sostanzialmente l'oggetto della gara, individuando prodotti oggettivamente diversi da quelli previsti invece espressamente dalla *lex specialis*.

Se poi, per ipotesi, un operatore reputasse tale requisito merceologico illogico o troppo restrittivo, allora dovrebbe ritualmente impugnare la legge di gara e non offrire un prodotto radicalmente differente, fidando in una abnorme applicazione del principio di equivalenza da parte della commissione.

Sul punto, sia consentito altresì il rinvio alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 11.7.2016, n. 3029, secondo cui: <<Il principio dell' "equivalenza" (che va dimostrata in modo rigoroso con una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto - comma 5 - e comunque deve formare oggetto di apposita dichiarazione allegata all'offerta) è vincolante per l'amministrazione solo qualora il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari dettagliatamente menzionano un

marchio, un brevetto o un tipo, un'origine o una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti; tale indicazione deve essere accompagnata già nel bando dall'espressione "o equivalente".

Ne deriva, di conseguenza, l'accoglimento del presente ricorso, con annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Il risarcimento dei danni chiesto in ricorso è garantito in forma specifica attraverso la nuova formulazione della graduatoria finale di gara.

Stante la peculiarità della questione le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

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

Accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto.

Spese compensate.

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