

Il Consiglio di Stato definisce la portata e le regole formali dell'applicazione del principio di equivalenza

di Ettore Prosperi

Data di pubblicazione: 7-11-2018

1. Il principio di equivalenza di cui all'articolo 68 dell'abrogato decreto legislativo n. 163/2006 (oggi articolo 68 del decreto legislativo 50/2016) è applicabile ad offerte le cui caratteristiche, ancorchè non perfettamente coincidenti con i requisiti tecnici richiesti nel bando e nel capitolato tecnico, siano funzionalmente e strutturalmente idonee allo scopo del servizio sottoposto a gara d'appalto.

2. L'applicazione del principio di equivalenza deve essere esplicitata attraverso una richiesta preventiva con la presentazione della busta tecnica.

Con la sentenza n. 5568/2018, pubblicata il 29 settembre 2018, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha deciso dell'impugnazione della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Basilicata (n. 816/2017). Il Giudice di Primo grado aveva annullato l'aggiudicazione della procedura aperta basata sul criterio del prezzo più basso per l'affidamento di un lotto per la fornitura quinquennale di una serie di dispositivi farmaceutici all'Azienda Ospedaliera "San Carlo" di Potenza. La decisione del Tar era fondata, tra le altre, sulla considerazione per cui l'azienda aggiudicatrice, nonché la seconda e terza classificate non possedevano i requisiti tecnici richiesti dalla stazione appaltante. La ricorrente Azienda Ospedaliera ha presentato diverse censure nei confronti della sentenza di primo grado. La censura di merito più interessante e problematica verte sull'esclusione dell'applicazione del principio di equivalenza tecnica da parte del Primo Giudice. Il principio di equivalenza è espresso e regolato dai commi 4, 5 e 6 dell'articolo 68 dell'abrogato decreto legislativo n. 163/2006 (confluiti in forma quasi invariata nel nuovo articolo 68 del decreto legislativo n. 50/2016). Il principio di equivalenza è necessario per "evitare che le norme obbligatorie, le omologazioni nazionali e le specifiche tecniche potessero essere artatamente utilizzate per operare indebite espulsioni di concorrenti, con il pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche richieste" (2. §.3.3 della sentenza). Il principio di equivalenza tecnica è mezzo per bilanciare il principio di libera concorrenza e di libero accesso alla gara con le esigenze di esatto svolgimento delle forniture oggetto di appalto pubblico. Secondo la ricorrente Azienda Ospedaliera, il giudice del TAR, nell'esclusione dall'ammissione delle prime tre aziende classificate, avrebbe sconfinato nella sfera del merito.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'applicazione del principio di equivalenza attenga alla sfera del merito. Tuttavia tale principio attiene al piano formale dei requisiti tecnici offerti che devono, comunque, essere adeguati, sul piano oggettivo e funzionale, agli scopi che la stazione appaltante persegue con la gara.

Nel caso in giudizio l'offerta della vincitrice è stata ritenuta, invece, "tecnicamente

inappropriata” (2.§.3.3 della sentenza) in quanto non solo formalmente difforme, ma oggettivamente inadeguata al fine. Pertanto, ha concluso il Collegio, richiamare il principio di equivalenza è assolutamente fuori luogo.

Inoltre, la sentenza richiama le modalità formali per l’applicazione del principio dell’equivalenza: essa deve essere richiesta e i presupposti della sua applicazione vanno dimostrati preventivamente con presentazione all’interno della busta tecnica. Al contrario, non si può invocare l’applicazione del principio di equivalenza (che sia giustificato o meno) in sede giudiziale, come avvenuto nel caso di specie.

[Leggi la decisione](#)