

IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA NON OPERA NEL CASO DI AFFIDAMENTO CON CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE DEL PREZZO PIU' BASSO

[CGARS, sez. giur., 16.10.2023 n. 675](#)

Massime (segue testo)

<< non può essere ivi ravvisato il presupposto della possibilità, per la stazione appaltante, di valutare discrezionalmente le caratteristiche oggettive e funzionali del prodotto offerto in gara dalla odierna appellante, in quanto il sistema prescelto di aggiudicazione era quello del prezzo più basso riferito ad una offerta tecnica già puntualmente individuata nei suoi elementi caratteristici ed essenziali dalla *lex specialis*.

In sintesi, l'Amministrazione aveva sin dall'inizio individuato una particolare tipologia di prodotto di suo specifico interesse – connotata da ben definite caratteristiche e modalità operative cristallizzate nel capitolato speciale e, segnatamente, nella Tabella Prodotti/Capitolato Tecnico richiamata dal predetto capitolato – che i partecipanti alla gara erano tenuti ad offrire alle condizioni economiche più favorevoli; non può quindi ritenersi consentita l'offerta di un prodotto in tutto o in parte diverso, quand'anche le differenze rispetto alle indicazioni della legge di gara fossero state giustificate come analoghe, se non addirittura “*migliorative*” rispetto a queste ultime.

In altri termini, in presenza di una prestazione contrattuale già definita dalla stazione appaltante nei suoi dettagli, rispetto alla quale la *lex specialis* prevedeva esclusivamente un confronto competitivo basato sull'offerta del prezzo più basso, le eventuali difformità sostanziali del prodotto offerto rispetto a tali prescrizioni, imposte peraltro ad espressa pena di esclusione dagli artt. 2 e 4 del capitolato

speciale, venivano ad integrare un *aliud pro alio*, con conseguente necessità di sanzione espulsiva dalla procedura>>

Pubblicato il 16/10/2023

N. 00675/2023REG.PROV.COLL.

N. 00491/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 491 del 2023, proposto da Bioset S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fiorenzo Calcagnile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione Garibaldi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Fabio Antonio Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Arrow Diagnostics S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudia Cipriano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Terza) n. 402 del 10 febbraio 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e Alta Specializzazione Garibaldi e di Arrow Diagnostics S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2023 il Cons. Giuseppe Chinè e uditi per le parti gli avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda ospedaliera di rilievo nazionale e alta specializzazione "Garibaldi" di Catania ha indetto una "Procedura aperta ex art. 60 del D. Lgs. 50/2016 s.m.i., di rilevanza comunitaria, interamente telematica, finalizzata alla stipula di Accordi-Quadro ex art 54 c. 4 lett. a) D. Lgs. 50/2016 s.m.i, per la fornitura in service di sistemi diagnostici ed in somministrazione di reagenti, calibratori, e controlli per la ricerca di RNA Virale SARS COV-2 destinati ai Servizi di Patologia clinica aziendali, per mesi 12".

2. L'odierna appellante Bioset S.r.l. ha partecipato alla selezione in relazione al solo Lotto 2, "Diagnostica molecolare RT-PCR" concernente la fornitura del kit di rilevazione SARS-CoV 2, per un valore di euro 1.740.000,00, IVA esclusa.

Bioset S.r.l. è stata esclusa dalla procedura, per una asserita non conformità del prodotto offerto in gara rispetto al capitolato tecnico, poiché la documentazione prodotta faceva ritenere che la preparazione della "piastra/strip" necessitasse dell'intervento manuale dell'operatore, mentre il capitolato richiedeva un

procedimento del tutto automatizzato. L'atto di esclusione è stato però ritirato in autotutela dal seggio di gara, in adesione alle spiegazioni di natura tecnica fornite nelle more dalla società offerente.

3. La procedura di gara è quindi proseguita, e si è conclusa – per quanto attiene al Lotto 2, oggetto di controversia – con l'aggiudicazione in favore della Bioset S.r.l., formalizzata con deliberazione n. 1447, pubblicata il 30 gennaio 2021.

4. Con nota del 15 dicembre 2021 – antecedente all'aggiudicazione – la seconda classificata Arrow Diagnostics S.r.l. aveva formulato una istanza di accesso agli atti, con la quale rilevava anche una asserita inidoneità rispetto alle prescrizioni del capitolato tecnico del prodotto offerto da Bioset S.r.l., in quanto privo del cd. “*controllo interno esogeno*”.

La questione è stata approfondita dalla stazione appaltante con richiesta di chiarimenti formulata in data 7 gennaio 2022 alla aggiudicataria.

Quest'ultima ha relazionato sul punto precisando che il proprio prodotto è un kit rispettoso dei dettami del capitolato, e risulta addirittura migliorativo, in quanto contiene già al suo interno, nella miscela di reazione, un controllo interno di cellularità (la Beta Actina), che interviene senza necessità di alcun apporto da parte dell'operatore, e consente di evitare che l'esame diagnostico produca dei risultati “*falsi negativi*”. Inoltre, l'aggiudicataria ha specificato che il proprio kit certificato CE-IVD di estrazione dell'acido nucleico è utilizzabile sul *genus* “*campioni clinici*” (come risulta dalla documentazione tecnica prodotta in sede di gara) e pertanto vale anche per gli esami da condurre sulla *species* “*campioni di aspirato naso-faringeo*”.

Di seguito, la commissione tecnica, prima, ed il seggio di gara, poi, hanno esaminato la esposta questione tecnica, ed in data 27 gennaio 2022 (con verbale n.

6) quest'ultimo seggio ha concluso di dover escludere l'aggiudicataria dalla successiva fase di apertura delle offerte economiche per mancanza di un requisito tecnico, ed ha conseguentemente aggiudicato il Lotto n. 2 alla Arrow Diagnostics

S.r.l. osservando che: a) il controllo di tipo “*interno*” fornito dalla ditta Biotec S.r.l. non è in linea con le prescrizioni del capitolato, laddove richiedono un dispositivo di controllo interno ma “*esogeno*”, ossia fornito a parte; b) per quanto attiene alla esecuzione dei test su campioni clinici, si è preso atto della dichiarazione del produttore del kit, che conferma la possibilità di effettuarli anche su campioni di aspirato naso-faringeo.

L'Azienda ospedaliera, con successivo atto deliberativo dell'8 febbraio 2022 n. 179, ha pertanto revocato la precedente delibera di aggiudicazione in favore della ditta Bioset S.r.l. ed ha aggiudicato il Lotto n. 2, sulla scorta della nuova graduatoria, alla Arrow Diagnostic S.r.l.

5. Avverso tali determinazioni la Bioset S.r.l. ha proposto ricorso dinanzi al TAR Sicilia - Catania, con il quale ha denunciato i seguenti vizi: *Eccesso di potere per manifesta erroneità, insussistenza del presupposto, sviamento dell'azione amministrativa, manifesta erroneità, contraddittorietà ed illogicità, difetto di istruttoria; Violazione e falsa applicazione di legge in relazione al capitolato speciale e tecnico. Violazione e falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 77 ed all'art. 80 D. Lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara - capitolato tecnico; violazione e falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 21 quinquies e nonies della L. 241/90.*

In sintesi la ricorrente ha dedotto:

- a) che il funzionario della stazione appaltante dott.ssa Digrazia abbia simultaneamente rivestito tre distinti ruoli: partecipante alla redazione degli atti di gara; RUP del procedimento; presidente della Commissione. Con ciò, si sarebbe quindi inverata quella inopportuna commistione tra soggetto che ha redatto la lex specialis e soggetto componente della Commissione tecnica, impedita dall'art. 77, co. 4, del Codice dei contratti;
- b) sotto altro profilo, che la procedura di gara si era già conclusa con l'aggiudicazione in proprio favore, sicché il seggio di gara e la commissione tecnica

non disponevano più del potere di intervenire sull'esame delle offerte tecniche attraverso irrituale richiesta di chiarimenti, nemmeno con l'esercizio dell'autotutela, che è limitata per legge a specifiche ipotesi. Pertanto, l'esclusione disposta in via postuma, quando era stata già proclamata l'aggiudicazione e gli organi di gara erano ormai decaduti dalla loro funzione, sarebbe illegittima;

c) per quanto attiene all'esercizio dell'autotutela in funzione di revoca dell'aggiudicazione, che non sussisterebbe nel caso di specie alcuna delle due condizioni previste dalla legge *sub specie* di rivalutazione dell'interesse pubblico (*ex art. 32, co. 8, D. Lgs. 50/2016*), o di perdita dei requisiti generali e speciali da parte dell'aggiudicatario;

d) che dall'esame del verbale impugnato non è chiaro quale sia il requisito tecnico ritenuto insussistente dalla commissione, e che ha indotto alla revoca dell'aggiudicazione. In secondo luogo, che il proprio prodotto è assolutamente conforme ai dettami del capitolato, non essendo stato, peraltro, spiegato dalla stazione appaltante dove si anniderebbe l'asserita difformità, aggiungendo che il controllo interno di cellularità realizzato con la Beta Actina costituirebbe un elemento in più – non in meno – del prodotto offerto, utile ad escludere diagnosi di “*falso negativo*”;

e) che l'esercizio della facoltà di revoca dell'aggiudicazione – ove anche fosse legittimo – ingenererebbe in capo alla stazione appaltante l'obbligo di indennizzare il soggetto concorrente, per l'affidamento riposto nella conclusione della gara e nella stipulazione del contratto. Ove si trattasse invece di revoca illegittima, sorgerebbe anche una responsabilità per danni in capo alla stazione appaltante, considerato il profondo affidamento creatosi in relazione alla imminente stipulazione del contratto. Il risarcimento preteso a titolo di lucro cessante viene quindi quantificato in ricorso in euro 381.000 (ricavato dalla differenza fra l'offerta proposta ed il totale dei costi affrontati).

In conclusione, la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato con la Arrow Diagnostics S.r.l., e la condanna dell'Azienda ospedaliera al risarcimento del danno ed al pagamento di spese ed onorari di lite.

6. Con l'ordinanza n. 1576 del 2022 il TAR Sicilia – Catania ha disposto una verifica al fine di accertare, tra l'altro, *“se il prodotto offerto dalla ricorrente Bioset srl risponda allo specifico requisito del bando (ossia, sia dotato di un sistema di controllo interno esogeno)”*.

7. Depositata la relazione del verificatore in data 19 ottobre 2022, con la sentenza n. 402 del 10 febbraio 2023, il TAR ha esaminato e ritenuto infondate tutte le doglianze proposte dalla ricorrente ed ha integralmente respinto il ricorso di primo grado.

8. Con l'appello in epigrafe, la Bioset S.r.l. censura la sentenza di prime cure, richiedendone la integrale riforma, riproponendo nella sostanza le doglianze già dedotte senza successo dinanzi al TAR.

Con il medesimo atto di gravame ripropone inoltre la domanda risarcitoria per il danno emergente e lucro cessante derivanti dall'illegittimo ritiro in autotutela del provvedimento di aggiudicazione.

8. Si sono costituiti per resistere all'appello sia l'Azienda ospedaliera di rilievo nazionale e alta specializzazione “Garibaldi”, sia l'appellata Arrow Diagnostics S.r.l., entrambe concludendo, in via preliminare, per l'inammissibilità del gravame per genericità dei motivi, nel merito per la sua integrale infondatezza.

9. In prossimità della udienza pubblica di discussione dell'appello, tutte le parti costituite hanno depositato memorie per illustrare le proprie tesi e replicare alle tesi avversarie.

10. All'udienza pubblica del 20 settembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. Il Collegio, preliminarmente, ritiene di prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità proposte negli scritti difensivi di entrambe le parti appellate, considerata la integrale infondatezza del merito del proposto gravame.

12. Con il primo motivo l'appellante ripropone la censura di illegittimità dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante per violazione dell'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016, in quanto la Presidente della Commissione giudicatrice, dott.ssa Michela Digrazia avrebbe rivestito contemporaneamente il ruolo di RUP e di partecipante alla predisposizione degli atti della procedura di gara.

12.1. La censura è priva di pregio.

12.2. Come correttamente statuito dal giudice di primo grado, l'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016 non è applicabile alla gara controversa, la quale è regolata dal criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e non da quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'inapplicabilità della predetta disposizione alle gare con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso si evince univocamente dall'*incipit* del comma 1 dell'art. 77, secondo cui *“Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto”*.

Pertanto, il richiamo dell'appellante alla disposizione del comma 4 dell'art. 77 del d. lgs. n. 50 del 2016, - in base alla quale *“I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”* - risulta nella specie non pertinente. Ed invero, il punto 2) della Deliberazione n. 1031 del 9 settembre 2021, recante indizione della

procedura di gara controversa, stabilisce “...di eleggere il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ai sensi dell’art. 95, c. 4, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 e, pertanto, aggiudicare l’appalto, anche in presenza di una sola offerta valida per singolo lotto, in favore dell’operatore che avrà formulato il prezzo più basso per ciascun singolo Lotto”.

12.3. A ciò può essere aggiunto che nella gara controversa il capitolato speciale, recante le specifiche tecniche minime dei prodotti offerti dagli operatori economici, non risulta predisposto dal RUP, bensì da una commissione di tecnici nominata con provvedimento prot. 90 del 26 marzo 2021; inoltre, il RUP ha svolto funzioni di presidente del seggio di gara e, in detta veste, come meglio verrà di seguito enunciato, ha soltanto preso atto delle valutazioni formulate dalla commissione tecnica in ordine alla non conformità alle specifiche tecniche prescritte dal capitolato del prodotto offerto in gara dalla odierna appellante.

13. Con il secondo e terzo motivo, che per ragioni di oggettiva connessione possono essere di seguito congiuntamente scrutinati, l’appellante contesta la legittimità della revoca dell’aggiudicazione, e della conseguente nuova aggiudicazione alla seconda classificata, per violazione delle norme in materia di autotutela (artt. 21-*quinquies* e *nonies* della legge n. 241 del 1990) e della disciplina del capitolato speciale di gara.

In particolare deduce che il TAR avrebbe errato nel ritenere la propria acquiescenza a fronte del procedimento di autotutela attivato dalla stazione appaltante e nel contrastare le conclusioni cui era giunto il verificatore in punto di equivalenza funzionale tra il prodotto offerto in gara dalla originaria aggiudicataria e quello risultante dalle caratteristiche tecniche minime imposte dal capitolato.

13.1. Anche dette censure si palesano prive di pregio.

13.2. Risulta nella specie *per tabulas*:

- ai sensi dell’art. 2 (*Oggetto della fornitura*) del capitolato speciale “*I diagnostici ed altri prodotti oggetto della presente fornitura devono possedere a pena di esclusione dalla gara: - le*

caratteristiche tecniche minime di cui alla tabella Prodotti/Capitolato tecnico”, mentre ai sensi del successivo art. 4 (*Requisiti tecnici dei prodotti*) le caratteristiche minime, come indicate nella “*Tabella Prodotti*”, “*devono essere necessariamente possedute dai dispositivi ivi indicati a pena di esclusione dalla presente gara o, in caso di carenze rilevate in occasione delle consegne, di risoluzione dell’Accordo Quadro*”;

- nella Tabella Prodotti/Capitolato tecnico riferita al Lotto 2 si precisa che “*I kit devono essere comprensivi di controlli (positivo e negativo) e di controllo interno esogeno*”;

- pochi giorni prima dell’aggiudicazione in favore dell’appellante di cui alla deliberazione n. 1447 del 28 dicembre 2021, la seconda classificata Arrow Diagnostics S.r.l. ha formulato istanza di riesame contestando la conformità dell’offerta tecnica della prima classificata alle specifiche minime prescritte dal capitolato speciale;

- con verbale di seduta riservata della Commissione tecnica in data 5 gennaio 2022, preso atto della istanza di riesame della seconda classificata, sono stati richiesti chiarimenti alla Bioset S.r.l., segnatamente in ordine alla effettiva natura di “*controllo interno esogeno*” di quello offerto dalla aggiudicataria in gara;

- pervenuti i chiarimenti della Bioset S.r.l. (nota del 14 gennaio 2022), la Commissione tecnica, con verbale di seduta riservata del 17- 18 gennaio 2022, ha preso atto dei chiarimenti pervenuti (“*Il Controllo interno per l’uso in applicazione con il kit MOLgen SARS-CoV2 Real Time RT-PCR è parte integrante della miscela di reazione del kit di amplificazione degli acidi nucleici*”) ed ha concluso nel senso che “*Pertanto, il controllo proposto dalla ditta non soddisfa la richiesta né può essere considerato equivalente in quanto, come da capitolato tecnico, si richiede espressamente un Controllo Interno <<ESOGENO>> ovvero un controllo fornito a parte*”;

- con verbale n. 6 del 27 gennaio 2022 il Seggio di gara, preso atto delle risultanze dei verbali della Commissione tecnica in data 5 e 17-18 gennaio 2022, ha ritenuto l’offerta tecnica della Bioset S.r.l. “*non conforme, in quanto mancante di un requisito*

minimo richiesto in Capitolato tecnico” e, conseguentemente, ha escluso l’offerente dalla procedura di gara in base alla disciplina della *lex specialis* e riformulato la graduatoria del Lotto 2, ponendo al primo posto l’odierna appellata Arrow Diagnostics S.r.l.; - con la deliberazione n. 179 dell’8 febbraio 2022 l’Azienda ospedaliera ha revocato “*in autotutela l’aggiudicazione del Lotto n. 2 <<Diagnostica molecolare RT-PCR CIG 8900404DB8>> disposta con Verbale di Deliberazione n. 1447 del 28/12/2021 in favore della Ditta Bioset s.r.l.*” ed ha aggiudicato in via definitiva la gara alla Arrow Diagnostics S.r.l.

13.3. Tali essendo gli atti ed i provvedimenti che connotano la vicenda controversa, è documentalmente provato, anche alla luce del contenuto dei chiarimenti trasmessi dalla odierna appellante con la nota del 14 gennaio 2022, che il prodotto offerto in gara dalla Bioset S.r.l. non possedeva le *caratteristiche tecniche minime richieste a pena di esclusione dal capitolato speciale (art. 2)*, in quanto “*il Controllo interno per l’uso in applicazione con il kit MOLgen SARS COV2 Real Time RT-PCR è parte integrante della miscela di reazione del kit di amplificazione degli acidi nucleici*” (pag. 1 della nota del 14.1.2022).

Di talché, come correttamente rilevato nel verbale della seduta riservata della Commissione tecnica del 17-18 gennaio 2022, è evidente che “*il controllo proposto dalla ditta non soddisfa la richiesta né può essere considerato equivalente in quanto, come da capitolato tecnico, si richiede espressamente un Controllo Interno <<ESOGENO>> ovvero un controllo fornito a parte*”. In altri termini, la Tabella Prodotti/Capitolato Tecnico richiamata dall’art. 2 del capitolato speciale espressamente richiede che “*I kit devono essere comprensivi di controlli (positivo e negativo) e di controllo interno esogeno*”, mentre il prodotto offerto dalla appellante, essendo il controllo interno “*parte integrante della miscela di reazione del kit di amplificazione degli acidi nucleici*”, ed in disparte il tema della effettiva efficacia del medesimo controllo, non soddisfa il requisito richiesto dal capitolato speciale, il quale prescrive, con espressa comminatoria dell’esclusione

dalla gara, che detto controllo interno sia “*esogeno*” e quindi fornito separatamente dall’offerente.

13.4. Ciò posto, ad avviso dell’appellante il TAR avrebbe errato nel non considerare adeguatamente le conclusioni cui è pervenuto il verificatore, secondo cui “*il prodotto offerto dalla ditta Bioset, relativamente alla voce <<controllo interno esogeno>>, in base al principio di equivalenza, ai sensi del comma 6 e 7 dell’art. 68 del D.L. 50/2016 e s.m.i., è da considerarsi rispondente allo specifico requisito del bando. Infatti, esso svolge una analoga funzione rispetto a quella del richiesto <<controllo interno esogeno>>...*”. Pertanto, secondo parte appellante “*i kit offerti dalla Bioset presentano in più (non in meno) un controllo interno di cellularità già presente all’interno dei kit che, quindi, non richiede alcun intervento aggiuntivo esterno da parte dell’operatore all’atto di processare il campione...*”.

13.5. Tale percorso argomentativo non può essere condiviso dal Collegio.

13.5. La giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2023, n. 4624), chiamata a pronunciarsi sui limiti del giudizio di equivalenza a fronte di chiare previsioni della *lex specialis* che impongono, a pena di esclusione, specifiche caratteristiche dell’offerta tecnica, ha avuto modo di chiarire che:

- il principio di equivalenza, introdotto dall’art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 in attuazione dell’art. 42 della direttiva 2014/24/UE, per consolidata giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2022, n. 1006; Id., sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186) permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, sul presupposto che la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d’iniziativa economica e, dall’altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità;

- il principio di equivalenza è quindi finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353): presuppone quindi la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2021, n. 5169; Id., 22 novembre 2017, n. 5426), quale “*conformità sostanziale*” con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte;
- ne consegue che, nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica strutturata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella quale cioè è demandata alla valutazione tecnico- discrezionale della stazione appaltante l'individuazione comparativa dell'offerta che meglio soddisfa le esigenze rappresentate nella *lex specialis*, le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della suddetta *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell'affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4353 del 2021);
- pertanto, nelle sole gare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti – sussistendone i presupposti – devono operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni tecniche offerte, sì che le specifiche indicate dal bando “*vengono in pratica comunque soddisfatte*” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013);
- i limiti dell'applicazione del principio di equivalenza individuati dalla giurisprudenza sono connessi alla sua *ratio*: se, infatti, il principio è diretto ad

evitare che le norme obbligatorie, le omologazioni nazionali e le specifiche tecniche possano essere artatamente utilizzate per operare indebite esclusioni dalla gare pubbliche, fondate sul pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche offerte con quelle richieste, ne viene come diretta conseguenza che esso – quale misura diretta ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica dell’offerta – non si risolva in una verifica formalistica ma consista nell’apprezzamento della sua conformità sostanziale alle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis*, di talché detto principio non può essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate (così Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2018, n. 1316) o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un *aliud pro alio* (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225; Id., sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

13.5. Traslando i superiori principi, pienamente condivisi dal Collegio, al caso attualmente in esame, non può essere ivi ravvisato il presupposto della possibilità, per la stazione appaltante, di valutare discrezionalmente le caratteristiche oggettive e funzionali del prodotto offerto in gara dalla odierna appellante, in quanto il sistema prescelto di aggiudicazione era quello del prezzo più basso riferito ad una offerta tecnica già puntualmente individuata nei suoi elementi caratteristici ed essenziali dalla *lex specialis*.

In sintesi, l’Amministrazione aveva sin dall’inizio individuato una particolare tipologia di prodotto di suo specifico interesse – connotata da ben definite caratteristiche e modalità operative cristallizzate nel capitolato speciale e, segnatamente, nella Tabella Prodotti/Capitolato Tecnico richiamata dal predetto capitolato – che i partecipanti alla gara erano tenuti ad offrire alle condizioni economiche più favorevoli; non può quindi ritenersi consentita l’offerta di un prodotto in tutto o in parte diverso, quand’anche le differenze rispetto alle

indicazioni della legge di gara fossero state giustificate come analoghe, se non addirittura “*migliorative*” rispetto a queste ultime.

In altri termini, in presenza di una prestazione contrattuale già definita dalla stazione appaltante nei suoi dettagli, rispetto alla quale la *lex specialis* prevedeva esclusivamente un confronto competitivo basato sull’offerta del prezzo più basso, le eventuali difformità sostanziali del prodotto offerto rispetto a tali prescrizioni, imposte peraltro ad espressa pena di esclusione dagli artt. 2 e 4 del capitolato speciale, venivano ad integrare un *aliud pro alio*, con conseguente necessità di sanzione espulsiva dalla procedura.

Essendo pacifico in atti che il prodotto offerto in gara dalla odierna appellante non possedeva un sistema di controllo interno “*esogeno*” come richiesto dalla *lex specialis* a pena di esclusione, il provvedimento espulsivo adottato dalla stazione appaltante si palesa all’evidenza legittimo, con conseguente legittimità della nuova aggiudicazione in favore della seconda graduata.

13.6. Le conclusioni che precedono non ovviamente possono essere scalfite dalle valutazioni effettuate dal verificatore, che ha ritenuto il prodotto offerto dalla Bioset S.r.l. equivalente, sul piano funzionale, ad un prodotto avente un “*controllo interno esogeno*”.

Ciò in quanto, da un lato, il TAR non aveva richiesto al verificatore di effettuare alcun giudizio di equivalenza funzionale (che pertanto nella specie risulta avere palesemente travalicato i confini del mandato ricevuto dal giudice di primo grado), dall’altro, nessun giudizio di equivalenza, per le ragioni già sopra analiticamente enunciate, poteva permettere di superare le previsioni univoche della *lex specialis*, e la relativa clausola escludente, in una gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

13.7. In definitiva, i motivi di appello si palesano privi di pregio e non riescono a scalfire la correttezza della decisione di primo grado.

14. L'appello è quindi integralmente infondato e va conseguentemente respinto.

15. Le spese del grado seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante a pagare le spese di giudizio in favore delle parti appellate costituite, liquidate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre s.g., accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giuseppe Chinè, Consigliere, Estensore

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Paola La Ganga, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Chinè

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO