

Parere n.71 del 9/05/2013

PREC 29/13/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Karismedica SpA - "*Procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro di durata quadriennale, con un solo operatore economico per ciascun lotto funzionale, per la fornitura di letti e di arredi sanitari, in 6 lotti, per varie UU.OO. dell'ASP di Agrigento. Lotto 3 CIG 4478646797*" - Data di pubblicazione del bando: 3.8.2012 - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 1.828.200,00 - S.A.: Azienda Sanitaria Ospedaliera Provinciale di Agrigento.

Artt. 68 comma 4 e 74 comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 - Elementi essenziali dell'offerta - Giudizio di idoneità tecnica della fornitura offerta - Principio di equivalenza - Criterio del prezzo più basso ex art. 82 del d.lgs. n.163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 11 gennaio 2013 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Karismedica S.p.A. chiede una pronuncia di questa Autorità in merito alla esclusione -disposta in suo danno- dalla procedura di gara in oggetto limitatamente al lotto n. 3, aggiudicato alla ditta GIVAS S.r.l., perché gli arredi offerti difettavano dei requisiti indicati nelle specifiche tecniche. In particolare, l'esclusione dalla gara è stata disposta perché, a differenza di quanto dichiarato nell'offerta, il comodino prodotto a campione era dotato di sole due ruote anziché quattro. Su tale punto, peraltro, la stazione appaltante formula una richiesta di parere incidentale nei seguenti termini: "*Con riferimento alla dichiarazione resa dalla Karismedica ai sensi del DPR n. 445/2000, attestante la corrispondenza dei prodotti offerti...rispetto a quelli consegnati in campionatura...si chiede apposito supporto se, quanto riscontrato in ordine alla effettiva non corrispondenza esclusivamente del comodino, verrebbe a configurare ipotesi di dichiarazione mendace, ed in quanto tale passibile di doverosa segnalazione alle Autorità competenti*". All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità il 13 febbraio 2013, hanno fatto seguito la memoria della stazione appaltante del 5 marzo 2013, quella della ditta aggiudicataria controinteressata del 21 febbraio 2013 e la memoria aggiuntiva della Karismedica del 22 febbraio 2013.

Più in dettaglio, la Karismedica S.p.A., nel contestare la sua esclusione con argomentazioni che vertono prevalentemente su aspetti tecnici della fornitura offerta, rileva specifiche difformità degli arredi offerti dall'aggiudicataria GIVAS S.r.l., con ciò spostando l'attenzione sull'operato della Commissione, a suo avviso illegittimo.

La stazione appaltante precisa che la Società istante ha effettivamente proposto un comodino la cui descrizione tecnica è rispondente alle prescrizioni di gara, mentre ha presentato a titolo di campionatura un comodino con caratteristiche diverse, ed in base al quale la Commissione tecnica giudicatrice ha reso il proprio giudizio di non conformità.

In applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara, ne è seguita l'esclusione della Soc. Karismedica, stante il chiaro tenore letterale di tale disposizione nella parte in cui prevede espressamente l'esclusione dalla gara nell'ipotesi di mancata corrispondenza del bene offerto rispetto a quello consegnato a titolo di campionatura.

La stazione appaltante ha, quindi, ritenuto che l'oggettiva impossibilità di individuare il prodotto effettivamente offerto dall'istante fosse tale da configurare una ipotesi di assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta, nella considerazione che l'art. 74, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 prevede, tra gli elementi essenziali di essa, l'indicazione, per l'appunto, delle caratteristiche tecniche del prodotto offerto.

Ha, inoltre, ritenuto che un'eventuale richiesta di chiarimenti avrebbe configurato una palese violazione del principio della *par condicio* e per questo si è astenuta dall'esercitare il c.d. "potere di soccorso", ai sensi del primo comma dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006.

La Commissione tecnica ha, comunque, verificato le caratteristiche del comodino consegnato come campione dall'istante, riscontrandone la non conformità rispetto alle specifiche tecniche descritte nel disciplinare di gara, in quanto dotato di due ruote, anziché di quattro e la stessa Commissione ha verificato anche le caratteristiche del comodino consegnato come campione dalla ditta risultata aggiudicataria (corrispondente al modello descritto nella documentazione tecnica presentata in sede di offerta), riscontrandone la conformità rispetto alle specifiche tecniche descritte nel disciplinare di gara.

Considerato in diritto

L'istanza di parere in epigrafe solleva un duplice ordine di questioni tra loro strettamente correlate e speculari rispetto all'operato della Commissione giudicatrice: da una parte, viene contestata l'esclusione dalla gara nell'assunto che le rilevate difformità del prodotto offerto (due ruote anziché quattro) non sarebbero tali da giustificare l'estromissione perché "*...necessarie per poter rispettare la precisa richiesta contenuta nel Disciplinare di gara...*" relativa ad altre caratteristiche previste

nelle specifiche tecniche e, dall'altra, si censura l'operato della Commissione per non aver rilevato ben più gravi difformità nel prodotto offerto dall'aggiudicataria.

Per tali motivi, l'istante evidenzia inoltre la contraddittorietà ed illogicità nell'operato della Commissione, che avrebbe trattato in modo diverso due casi tra loro analoghi.

Al di là dei profili squisitamente tecnici della fornitura prospettata dalle parti, la questione di diritto sottesa ai rilievi mossi dall'istante verte prevalentemente sui margini di discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice nella valutazione di conformità dei beni offerti rispetto alle specifiche tecniche delineate nella *lex specialis* di gara.

La questione, inoltre, va esaminata alla luce del principio di equivalenza sancito dall'art. 68 comma 4 del Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale "(...) *le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche*".

Con riferimento al primoprofilo questa Autorità ritiene di aderire alla posizione consolidata della giurisprudenza secondo cui le valutazioni tecniche relative alle offerte presentate nelle gare d'appalto sono caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell'esito della valutazione; pertanto, gli apprezzamenti in ordine all'(in)idoneità tecnica delle offerte, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la (in)sussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle dette valutazioni tecnico-discrezionali e il giudice, parimenti, può sindacare tali apprezzamenti solo se affetti da macroscopici vizi logici, disparità di trattamento, errore manifesto, contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2012 n. 1409; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 16 gennaio 2012 n. 18; T.A.R. Lecce, Sez. III, 21 aprile 2011 n. 723).

Invero, la Commissione tecnica ha apprezzato in modo non irragionevole le difformità palesate dal campione prodotto dall'istante, né è dato evincere un macroscopico vizio logico o altre contraddittorietà nel giudizio formulato da quest'ultima.

Ne consegue che la valutazione della Commissione di gara deve ritenersi senz'altro corretta e insuscettibile di critiche, in disparte la considerazione che, trattandosi di giudizio tecnico-discrezionale, ove non sussistano profili di palese irragionevolezza, essa non è suscettibile di censure neanche in un eventuale giudizio di legittimità.

A nulla rileva che il valore delle ruote (mancanti), pari a 0,20 centesimi l'una, sia di marginale impatto rispetto al valore complessivo della fornitura, circostanza questa evidenziata dall'istante, in quanto ciò che importa ai fini dell'ammissibilità dell'offerta è la rispondenza delle caratteristiche tecniche del prodotto alle specifiche tecniche dettagliatamente indicate negli atti di gara.

Pertanto, tali considerazioni assumono valore ancora più incisivo nel caso di specie, posto che il criterio di selezione delle offerte è quello del prezzo più basso ex art. 82 del d.lgs. n.163/2006 e, conseguentemente, la ditta concorrente deve limitarsi ad offrire un prodotto perfettamente conforme a quello richiesto, applicando il ribasso sull'importo a base d'asta.

Parimenti infondate, per le medesime ragioni, risultano essere le censure della Società esclusa riferite al giudizio di idoneità tecnica espresso dalla Commissione sulla fornitura offerta dalla società risultata aggiudicataria, non emergendo in atti palesi vizi logici o altre incongruenze nelle valutazioni espresse dall'organo tecnico incaricato dalla stazione appaltante.

Al riguardo, la Commissione ha rilevato che le dimensioni del sistema offerto (*rectius*, tavolino servitore) sono conformi a quelle previste dal capitolato (verbale di gara n. 9 del 21.01.2013).

In conclusione, il giudizio espresso dalla Commissione risulta congruo rispetto agli elementi di valutazione e alla disciplina di gara, in quanto l'accettazione di un prodotto non conforme alle specifiche tecniche sarebbe stata fortemente lesiva della *par condicio* tra i concorrenti, principio cardine delle procedure di affidamento.

Nemmeno soccorre, nella fattispecie, la possibilità per i concorrenti di offrire prodotti equivalenti, poiché la stessa dovrebbe essere sempre accompagnata da chiarimenti indicati esclusivamente in sede di offerta e non già in sede successiva, dovendo pur sempre il principio di equivalenza contemperarsi con il rispetto del principio comunitario di parità di trattamento; in ogni caso, l'istante non avrebbe nemmeno successivamente provato l'equivalenza del prodotto offerto, bensì manifestato perplessità circa la specifica tecnica richiesta, violando così le prescrizioni inoppugnate della *lex specialis*.

Il prodotto fornito dall'istante è stato valutato non conforme alle specifiche tecniche del capitolato nell'esercizio di un potere discrezionale tecnico non sindacabile dallo stesso Giudice, se non nei ristretti limiti della manifesta illogicità, irragionevolezza o travisamento.

È pacifico quanto risulta *per tabulas* e cioè che l'offerta presentata dall'istante non era conforme ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche della *lex specialis*, per cui sarebbe stato comunque inutile sostenerne la sostanziale equivalenza.

Il principio di equivalenza, espresso dall'art. 68 comma 4, d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, deve pur sempre contemperarsi con i principi che governano l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche (art. 2 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) tra cui la parità di trattamento e la non discriminazione.

Inoltre, il successivo comma 6 dell'art. 68 del D.lgs. n. 163/2006, stabilisce che "*l'operatore economico che propone soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche equivalenti lo segnala con separata dichiarazione che allega all'offerta*".

Trattasi all'evidenza di norma finalizzata alla tutela della *par condicio* tra i concorrenti e della trasparenza delle operazioni di gara, non essendo configurabile una giustificazione postuma in merito all'equivalenza delle specifiche tecniche offerte, dovendo le offerte dei concorrenti soddisfare tali specifiche, a pena di inammissibilità.

L'amministrazione aggiudicatrice non può, di conseguenza, chiedere chiarimenti a un candidato, la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri, senza in questo modo far sembrare, qualora tale offerta venisse accolta, che essa abbia negoziato in via riservata a danno degli altri candidati ed in violazione del principio di parità di trattamento (Corte Giustizia CE, Sez. IV, 29 marzo 2012, n. 599).

Né dal menzionato art. 2 del Codice dei contratti, né da nessun'altra disposizione della direttiva n. 2004/18, né dal principio di parità di trattamento, e nemmeno dall'obbligo di trasparenza, risulta che l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta a contattare i candidati interessati in presenza di un'offerta imprecisa o non conforme; la mancanza di chiarezza dell'offerta integra, infatti, un inadempimento dell'obbligo di diligenza nella redazione delle offerte, che grava su tutti i candidati (Corte Giustizia CE, Sez. IV, 29 marzo 2012, n. 599).

Ciò premesso, del tutto legittimamente la stazione appaltante, in presenza di un'offerta evidentemente difforme dalle specifiche tecniche richieste, ha escluso l'istante dalla gara, senza richiedere chiarimenti.

Infatti, la Commissione di gara, nello svolgimento dei suoi compiti, può fornire anche chiarimenti sulle eventuali clausole ambigue contenute nelle disposizioni di gara e può anche valutare la possibile equivalenza delle soluzioni tecniche proposte dalle imprese partecipanti, ai sensi dell'art. 68 del Codice dei contratti pubblici, ma non può modificare le disposizioni dettate per lo svolgimento della gara e non può quindi ammettere alla gara imprese che hanno proposto soluzioni tecniche che non rispettano i requisiti minimi che erano stati richiesti dalla *lex specialis* della gara.

Dunque, e conclusivamente, anche se il criterio di aggiudicazione nella specie adottato era quello del prezzo più basso e quand'anche il prezzo offerto dall'istante fosse stato inferiore a quello della aggiudicataria controinteressata, la Commissione non avrebbe potuto prenderlo in considerazione per la ragione che il comodino oggetto di offerta non era conforme alle caratteristiche tecniche volute dalla *lex specialis* di gara.

Con riguardo, infine, all'istanza incidentale della stazione appaltante, si ritiene che la discordanza tra quanto dichiarato nell'offerta dalla Karismedica (comodino a quattro ruote) e quanto prodotto a titolo di campionatura (comodino a due ruote) sia di per sé idoneo ad integrare una falsa dichiarazione, come tale passibile di doverosa segnalazione alle Autorità competenti.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

- ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittima l'esclusione della Karismedica S.p.A.;

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito