



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Il Presidente*

**DELIBERA N. 273 DEL 3 aprile 2019**

Oggetto: Istanza presentata da Tornier S.r.l. - Procedura aperta per la fornitura di protesi ortopediche- n. 87 lotti – Gara ARCA\_2015\_51. Importo complessivo a base di gara dei lotti euro: 46.521.469,85 oltre IVA. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A.

**PREC 5/19/F**

**Il Consiglio**

**VISTA** l'istanza prot. n. 2225 del 9.1.2018 presentata dalla Tornier. srl, con cui la società chiede l'avviso dell'Autorità in merito all'asserita illogicità ed illegittimità del capitolato tecnico per violazione dell'art. 68 d.lgs. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*) nella parte in cui prevede, a pena di esclusione, che alcuni prodotti debbano essere forniti in "diversi materiali" in quanto, da un lato, tale clausola sarebbe generica e mancante, quindi, degli elementi di cui al citato art. 68 e, dall'altro, la stessa non consentirebbe l'applicazione del principio di equivalenza;

**VISTA** la comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 0011526 del 12.2.2019;

**VISTE** le richieste di sollecito dell'istante, dalle quali risulta l'interesse della società alla definizione della questione controversa;

**VISTA** la nota della stazione appaltante prot. 0013011 del 18.2.2019;

**VISTO** il d.lgs. 163/2006 e, in particolare, l'art. 68 comma 3 che stabilisce che le specifiche tecniche siano formulate in base ad una delle modalità indicate lett. a), b) c) e d) del medesimo comma;

**CONSIDERATO** che il suddetto comma 3 lett. a) fa riferimento a quanto indicato all'allegato VIII al Codice che prevede, per gli appalti pubblici di forniture o di servizi, che le specifiche tecniche «*definiscano le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, quali i livelli di qualità, i livelli della prestazione ambientale, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l'accessibilità per i disabili) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sua sicurezza o le sue dimensioni, ivi compresi le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione, nonché le procedure di valutazione della conformità; che le quali prevedono*».

Il citato comma 3 lett b) prevede che le specifiche tecniche siano formulate «*b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere*



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Il Presidente*

*sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto»;*

Le lett. c) e d) del predetto comma 3 prevedono combinazioni degli elementi di cui alle lett. a) e b).

**RITENUTO** che le descrizioni proposte dalla stazione appaltante alle pag. 37 e segg. del Capitolato tecnico non siano in contrasto con le disposizione dell'art 68 comma 3 poiché forniscono una descrizione delle caratteristiche e dei requisiti funzionali dei prodotti tale da consentire la determinazione dell'oggetto dell'appalto, nel rispetto di quanto indicato alla lett. b). L'indicazione "in diversi materiali", infatti, non può qualificare la descrizione del prodotto quale "eccessivamente generica", poiché tale prodotto rimane comunque determinabile, ma è intesa a selezionare un fornitore in grado di potersi procurare tale prodotto in più di un materiale, al fine di riservare all'amministrazione un margine di scelta in relazione alle necessità del singolo caso clinico. Una conferma di tale interpretazione viene desunta proprio dai quesiti presentati in sede di gara, in base ai quali gli operatori economici non lamentano dubbi circa l'identificabilità del prodotto ma chiedono se sia ammissibile presentare il prodotto in un unico tipo di materiale;

**CONSIDERATO**, con riferimento alla lamentata disapplicazione del principio di equivalenza, che tale principio opera al fine di garantire che la selezione del contraente non sia condizionata da ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche e impone «che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto (cfr. Cons. Stato, III, n. 7039/2018 riferita all'art. 68 sia del d. lgs 163/2006 sia del d.lgs. 50/2016). In concreto, tale principio intende vietare alle stazioni appaltanti di escludere le offerte che presentino prodotti diversi ma sostanzialmente equivalenti a quelli richiesti nel bando;

**CONSIDERATO** che nel caso di specie, la stazione appaltante non ha richiesto di presentare un prodotto con determinate caratteristiche, escludendo le offerte con prodotti che si sono dimostrati sostanzialmente equivalenti ma, trattandosi di una convenzione (da attuare con successivi ordinativi di fornitura) intesa a coprire future esigenze non predeterminabili *ab origine*, ha richiesto agli operatori economici la capacità di procurarsi il prodotto in più di un materiale, al fine di poter far fronte con maggiore adeguatezza ai diversi casi clinici che avrebbero potuto verificarsi, escludendo, conseguentemente, le offerte degli operatori che avevano dichiarato di poter procurare il prodotto in un unico materiale;

**RITENUTO** che il principio di equivalenza non trova applicazione ai casi in cui esista, tra lo standard richiesto e lo standard offerto, una sostanziale differenza non suscettibile di giudizio di equivalenza;

**Il Consiglio**



*Autorità Nazionale Anticorruzione*  
*Il Presidente*

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola in esame non sia in contrasto con l'art. 68, comma 3, d.lgs. 163/2006.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 aprile 2019

Il segretario Maria Esposito