

N. 00486/2009 REG.SEN.

N. 02848/2008 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****Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia****sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 2848 del 2008, proposto da:  
Applied Biosystems Italia Fil. Applied Biosystems Europe Bv, con sede legale in Milano, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Tornambe' del Foro di Milano e Carmelo Giurdanella, presso lo studio del quale ultimo è elettivamente domiciliato in Catania, via Trieste, 36;

***contro***

Ircs Centro Neurolesi Bonino Pulejo, con sede in Messina, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Ditta Ontario Srl, con sede in Catania, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Mauceri, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliato in Catania, via Conte Ruggero,9;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

Della delibera n. 433 del 30/9/2008 del Centro Neurolesi con cui è stata aggiudicata in via definitiva la gara d'appalto- procedura aperta offerta economica più vantaggiosa per la fornitura del I° lotto- apparecchiature per laboratori di farmaco genetica e farmaco genomica;

Dei verbali della commissione tecnica del 16/6/08 e del 9/9/08;

Della nota prot. n. 7510/U del 16/9/2008 del Commissario straordinario dell'IRCCS centro Neurolesi Bonino Pulejo;

Ove occorra del capitolato speciale di gara relativo al lotto n.1 e delle successive integrazioni con le quali sono state ritenute ammissibili offerte di apparecchiature aventi caratteristiche equivalenti;

Di ogni altro atto o provvedimento presupposto o consequenziale, ivi compresi i verbali di gara di ammissione della ditta contro interessata alla gara de qua.

Nonché per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ditta Ontario Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25/02/2009 il Cons.dott. Gabriella Guzzardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

La ditta ricorrente ha partecipato alla gara per la fornitura di apparecchiature per laboratori di ricerca indetta dall'IRCCS Centro Neurolesi Bonino Pulejo, con specifico riferimento al lotto n.1, per la forniture di apparecchiature come descritte nel capitolato nonché nelle integrazioni, con le quali espressamente si dichiaravano ammissibili offerte di apparecchiature aventi caratteristiche equivalenti o migliorative, rispetto a quelle descritte in capitolato.

La gara per il lotto di interesse veniva aggiudicata alla ditta Ontario contro interessata che aveva conseguito più favorevole punteggio rispetto alla ricorrente in quanto aveva proposto il prezzo più basso.

Con delibera n. 433 del 30/9/08 l'aggiudicazione diveniva definitiva, a seguito di rigetto dell'istanza proposta dalla ricorrente volta a conseguire

la revoca dell'aggiudicazione.

Avverso gli atti della procedura culminati nell'aggiudicazione definitiva sopra descritta, è stato proposto il ricorso introduttivo sulla scorta delle seguenti censure:

**ECESSO DI POTERE- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE IN RELAZIONE ALL'ART. 68 D. L.VO 163/2006- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO E DELLA SCHEDA TECNICA DEL CAPITOLATO D'APPALTO.**

Afferma la ditta ricorrente che la ditta Ontario aggiudicataria non avrebbe offerto strumenti con le caratteristiche tecniche richieste dal capitolato, né con caratteristiche tecniche equivalenti, in quanto a) l'autocampionatore offerto non sarebbe in grado di alloggiare il numero di campioni richiesto, b) la richiesta della pompa per il caricamento automatico del polimero che consenta una elevata autonomia di esercizio (oltre 500 campioni) senza intervento di operatore è stata evasa dalla ditta Ontario con l'offerta di una siringa a pistone con autonomia di gran lunga inferiore (192 campioni), c) la richiesta di un capillary a 16 posizioni è stata evasa con l'offerta di uno strumento a sole 8 posizioni.

Gli strumenti offerti dalla ditta Ontario non avrebbero quindi i requisiti tecnici per essere considerati equivalenti.

**ECESSO DI POTERE- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE IN RELAZIONE ALL'ART. 68 D. L.VO 163/2006- DIFETTO DI MOTIVAZIONE- VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO TRA CONCORRENTI- VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DELLA GARA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO.**

A fronte della richiesta di chiarimenti tecnici formulata dalla ricorrente, la stazione appaltante ha risposto richiamando un giudizio di conformità della commissione tecnica, senza riscontro di dati tecnici e in violazione dell'obbligo di esigere che le caratteristiche tecniche richieste dal bando siano offerte da tutti i partecipanti.

La ditta Ontario controinteressata, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso sul presupposto che la operata valutazione della equivalenza della propria offerta rispetto agli strumenti descritti nel capitolato sarebbe insindacabile in quanto espressione del potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione.

La ditta Ontario propone in via subordinata, ricorso incidentale avverso le previsioni del bando e del capitolato ove le caratteristiche degli strumenti richiesti siano da intendersi come prescrizioni precise e

circoscritte atte ad impedire la più ampia partecipazione alla gara in questione, con violazione dei principi oltre che della più ampia concorrenza, dell'efficienza, della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

Alla Camera di Consiglio del 19 novembre 2008 è stata accolta la domanda cautelare formulata dalla ditta ricorrente.

Alla pubblica udienza del 25 febbraio 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Il Collegio prende congiuntamente in esame le censure addotte a sostegno del ricorso con le quali sostanzialmente si contesta l'operato della stazione appaltante che ha ritenuto l'equivalenza degli strumenti offerti dalla contro interessata ditta Ontario s.r.l., rispetto a quelli descritti in capitolato.

Al fine di pervenire alla definizione della questione occorre effettuare alcune necessarie precisazioni.

Il principio dell'”equivalenza” si ricava dalla lettera dell'art. 68 del codice degli appalti, ove è prescritto che i documenti del contratto, quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari devono dettagliatamente indicare le specifiche tecniche richieste, senza però individuare una specifica fabbricazione o provenienza, al fine di evitare la ingiustificata restrizione della rosa dei partecipanti alla gara, con nocumento all'interesse pubblico sotteso alla più ampia partecipazione alla stessa. E' previsto anche, al comma n. 13 che, ove sia necessario al fine della capillare descrizione di un macchinario ricorrere all'indicazione di un tipo specifico di prodotto occorre che tale indicazione sia accompagnata dall'espressione “o equivalente”.

La ratio delle disposizioni richiamate contenute nell'art. 68 codice appalti è chiara. Nel rispetto del principio della più ampia partecipazione alle gare finalizzato alla ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente, si esclude espressamente, tranne ove sia giustificato dal particolare oggetto dell'appalto, la possibilità di indicare marchi o tipi specifici di produzione, a meno che il riferimento ad un prodotto non sia necessario al fine di descrivere dettagliatamente le caratteristiche che il bene offerto deve possedere. In questo caso è obbligatorio fare ricorso al concetto di equivalenza, con la conseguenza che, in caso di omissione dell'inciso, il bando risulterebbe in parte qua illegittimo (in termini, C. Stato, sez. V, sent. n. 5693 del 14/11/2008).

Al concetto di equivalenza occorre a questo punto dare contenuto.

Può intendersi come equivalente un prodotto che abbia caratteristiche identiche o analoghe al bene descritto in capitolato e che garantisca, almeno, le medesime prestazioni. La stazione appaltante, in presenza di offerte equivalenti, deve pertanto verificare la sussistenza dei requisiti descritti al fine di effettuare la valutazione dell'offerta.

Passando all'esame del caso concreto si riscontra che la stazione appaltante ha, con riferimento al lotto n. 1 qui di interesse, apportato delle integrazioni, introducendo l'espressione "o equivalente" alla operata descrizione delle caratteristiche tecniche di prodotti richiesti riconducibili ad uno specifico marchio.

Di tale facoltà si è avvalsa la contro interessata ditta ONTARIO nel formulare la propria offerta, la cui valutazione di equivalenza espressa dalla stazione appaltante viene contestata con le censure qui all'esame.

Le censure sono fondate.

La valutazione dell'offerta della contro interessata ditta Ontario, operata dalla commissione tecnica, non si fonda sulla analitica corrispondenza dell'offerta della ditta Ontario alle prescrizioni del capitolato, limitandosi ad attribuire ad essa un punteggio inferiore, rispetto a quello attribuito alla ditta Applied in considerazione delle caratteristiche tecniche di minore portata dei macchinari offerti.

L'operato della stazione appaltante si presenta in parte qua illegittimo in quanto non vengono rispettate le prescrizioni degli atti di gara.

Vero è che la stazione appaltante gode della più ampia discrezionalità tecnica nel valutare le offerte dei partecipanti alla gara, ma è pur vero che è imprescindibile la rispondenza delle offerte alle prescrizioni del bando, valutata anche per equivalente, ove previsto.

In altri termini, l'offerta di uno strumento non conforme alle prescrizioni del bando, con riferimento alla sua minore portata, come è avvenuto nel caso di specie in cui è richiesto nel capitolato che il sequenziatore automatico di DNA abbia, tra le caratteristiche tecniche richieste, un auto campionatore costituito da due piastre a 96 e 384 posizioni, mentre la ditta Ontario ha offerto un auto campionatore che consente l'utilizzo di due piastre a 96 pozzetti, non può essere ritenuto equivalente, senza incorrere nei dedotti vizi di eccesso di potere e di violazione di legge (art. 68 codice appalti) e della *lex specialis*.

Vero è che l'apposita commissione ha valutato con minor punteggio l'offerta tecnica della ditta Ontario rispetto a quella della ditta Applied che ha proposto soluzioni tecniche ritenute di miglior pregio, ma ciò non rende legittima la valutazione effettuata poiché, si ribadisce le condizioni

minime prescritte dal capitolato devono essere possedute da tutti i macchinari richiesti, mentre, con riferimento all'offerta della ditta Ontario, risultano per tabulas mancanti.

La valutazione di equivalenza operata dalla commissione tecnica si presenta pertanto illogica perché contraria alle prescrizioni richieste dal capitolato e priva di adeguata motivazione poiché meramente enunciata.

La mancata corrispondenza degli strumenti offerti rispetto a quelli richiesti con il bando de quo, ove fosse consentita, determinerebbe, oltre che la violazione del principio della par condicio tra tutti i partecipanti, un ingiustificato vantaggio per la ditta che offre attrezzature di minore portata rispetto a quanto richiesto dal bando, poiché il minor costo di tali attrezzature non corrispondenti alle prescrizioni del capitolato andrebbe a influenzare il punteggio attribuito all'offerta economica più vantaggiosa, alla quale però non corrispondono le richieste caratteristiche qualitative della strumentazione richiesta.

Rilevata la fondatezza del ricorso principale, il Collegio passa all'esame del ricorso incidentale proposto dalla contro interessata ditta Ontario avverso le previsioni del bando ove le stesse fossero interpretate nel senso di escludere la conformità ad esse della propria offerta.

Il ricorso incidentale all'esame si presenta inammissibile perché genericamente ed apoditticamente formulato, non risultando intelleggibili le specifiche censure che vengono mosse al bando ed alle disposizioni ad esso integrative.

Motivi di equità inducono il Collegio a compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sezione seconda interna, dichiara inammissibile il ricorso incidentale, accoglie il ricorso principale in epigrafe, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa spese.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 25/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gabriella Guzzardi, Presidente FF, Estensore

Alba Paola Puliatti, Consigliere

Vincenzo Neri, Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/03/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO