

Pubblicato il 30/10/2018

N. 01424/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01149/2018 REG.RIC.

 logo

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 Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1149 del 2018, proposto da 3.M.C. s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi D'Ambrosio ed Ermelinda Pastore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Rondinelli n. 2;

nei confronti

La Casalinda s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Gallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 29794 del 14.6.2018 a firma del Direttore UOC Acquisizioni Economiche e Arredi dell'ESTAR, con cui è stata

comunicata l'avvenuta aggiudicazione della gara disposta con determinazione del Direttore Area Divisione Servizi, Beni Economici e Arredi n. 841 dell'11.6.2018, recante l'intervenuta esclusione dalla gara della società 3.M.C. s.p.a. (verbale della seduta del 16.1.2018) e di ogni atto alla stessa presupposto, connesso e consequenziale;

- del verbale della seduta pubblica del 16.1.2018, in seno alla quale è stata disposta l'esclusione della società 3.M.C. s.p.a. dalla gara relativamente al lotto n. 1 ("materiali di carta e distributori", CIG 6766102BFE) sulla base dell'istruttoria svolta dall'Amministrazione appaltante di cui alla nota della Stazione Sperimentale di Carta Cartoni e Paste per carta della Camera di Commercio di Milano del 19.12.2017, pure qui espressamente impugnata;

- di tutti i verbali della Commissione tecnica e del RUP, nessuno escluso, e in particolare dei verbali della Commissione del 15.2.2017, 5.4.2017, 20.4.2017, 3.5.2017, 11.5.2017, 31.5.2017, 6.6.2017, 20.6.2017 non conosciuti e sintetizzati nel verbale del 27.6.2017, pure impugnato, e del verbale del RUP del 20.11.2017;

- del verbale della seduta pubblica del 29.11.2017, nell'ambito della quale, a seguito della contestazione a verbale del legale rappresentante della società 3.M.C. s.p.a., rispetto alla mancata ammissione della predetta società alla gara per non conformità del prodotto contraddistinto nel capitolato tecnico alla pos. n. 14, il Presidente ha sospeso "momentaneamente l'approvazione della documentazione tecnica del lotto in questione riservandosi di effettuare le opportune valutazioni a conclusione della fase tecnica degli altri lotti e pertanto decide di proseguire con l'approvazione della documentazione tecnica del lotto 2";

- dei successivi verbali del 9.5.2018 e dell'11.5.2018;
- dei pareri della Stazione Sperimentale di Carta Cartoni e Paste per carta della Camera di Commercio di Milano del 5.7.2017 e del 19.12.2017;
- dei verbali di verifica dei requisiti speciali e giustificativi dell'offerta anomala del 16.1.2018;
- laddove occorra, della disciplina di gara nella parte in cui non ha espressamente prescritto l'equivalenza dei prodotti oggetto di fornitura ex art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, nonché per la declaratoria di nullità del contratto ove medio tempore stipulato tra le parti ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, co. 1, lett. c) e d), 122 e 124 del d. lgs. n. 104/2010; ed altresì per l'accoglimento
- della domanda di risarcimento in forma specifica volta a conseguire la riammissione della ricorrente alla gara e, a seguito dell'esame delle offerte tecnica ed economica, la conseguente aggiudicazione dell'appalto de quo e la sottoscrizione del conseguente contratto previa, ove occorra e in ipotesi di intervenuta sottoscrizione del contratto con l'aggiudicataria in esecuzione dei provvedimenti impugnati, dichiarazione di inefficacia e accoglimento della domanda di subentro qui espressamente proposta;
- in via di estremo subordine e qualora non fosse possibile conseguire l'aggiudicazione o subentrare nel contratto frattanto stipulato, per l'accoglimento della domanda di risarcimento per equivalente, da quantificarsi in corso di causa, comunque nella misura non inferiore al 10% dell'importo a base di gara, oltre al rimborso delle spese di partecipazione alla procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di La Casalinda s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2018 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Estar, con deliberazione n. 264 dell'11.7.2016, ha indetto una procedura aperta per la fornitura quadriennale di prodotti di pulizia ambientale personale, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; per i materiali di carta gli indicatori qualitativi erano la resistenza (40%), la morbidezza (30%), l'assorbimento (20%) e il confezionamento (10%): documento n. 10 allegato all'impugnativa.

Entro il termine di scadenza prefissato sono pervenute, in relazione al lotto n. 1, sette offerte, tra cui quella della 3 M.C. s.p.a..

Il capitolato tecnico ed il capitolato normativo prevedevano tra l'altro la fornitura di lenzuolino di carta a doppio velo per lettino da visita medica avente il peso di 44 grammi per metro quadrato (prodotto identificato come pos. 14 dell'allegato B1 del capitolato normativo e come pos. 11 del capitolato tecnico).

La Commissione tecnica, nella seduta del 27.6.2017, ha riscontrato che 3 M.C. s.p.a. da un lato aveva offerto il predetto lenzuolino con una grammatura inferiore (32 gr./mq. ovvero incollatura di due veli di 16 gr./mq. ciascuno) rispetto a quella richiesta dal capitolato (44

gr./mq.) e dall'altro aveva dichiarato, nella apposita scheda tecnica, che "l'incollatura dei due veli consente di ottenere la stessa resistenza alla trazione (longitudinale e trasversale) della grammatura di 44 gr./mq. a due veli (22 gr./mq. per velo), prevista dal D.M. n. 172/87".

In data 21.6.2017 il responsabile del procedimento ha chiesto alla Stazione sperimentale Carta, Cartoni e Paste per carta di Milano se il prodotto offerto fosse conforme alle prescrizioni della *lex specialis* di gara. Il suddetto Istituto, con nota del 5.7.2017, ha espresso parere negativo, stante la grammatura inferiore a quella prescritta dal bando. Pertanto il Presidente del seggio di gara, nella seduta del 29.11.2017, ha comunicato la non ammissione della ricorrente alla procedura selettiva.

In data 11.12.2017 il RUP, su sollecitazione di quest'ultima, ha inviato un'ulteriore richiesta di parere alla Stazione sperimentale, chiedendo se fosse possibile ravvisare requisiti di equivalenza tra le caratteristiche tecniche stabilite dal capitolato e quelle indicate nella scheda tecnica presentata dalla ditta in sede di gara.

L'Istituto, con nota del 19.12.2017, da un lato ha fatto presente l'impossibilità di dimostrare l'equivalenza tra il prodotto contestato e i prodotti accettati mancando nel capitolato gli elementi tecnici di raffronto oltre alla grammatura, dall'altro ha ammesso la possibilità di confrontare i prodotti in merito alle proprietà di trazione onde verificare l'equivalenza.

Il Presidente del seggio di gara, nella seduta pubblica del 16.1.2018, ha confermato la non ammissione della società 3 MC.

Il procedimento si è concluso con l'aggiudicazione a favore della ditta La Casalinda s.r.l., approvata con determinazione n. 841 dell'11.6.2018.

Avverso tale provvedimento, la presupposta decisione di non ammissione alla gara e gli altri atti connessi la ricorrente è insorta deducendo:

1) Violazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990, degli artt. 29, 68, 76, 80 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 10 del disciplinare di gara e dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenza; eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, contraddittorietà, travisamento, illogicità manifesta, disparità di trattamento; sviamento.

La Stazione sperimentale Carta, Cartoni e Paste per carta di Milano ha suggerito di confrontare i vari prodotti in ordine alle proprietà di trazione per verificarne l'equivalenza, e rispetto a tale suggerimento (costituente il risultato dell'istruttoria effettuata) non è coerente la disposta esclusione in data 16.1.2018; Estar avrebbe dovuto verificare l'equivalenza e comunque avrebbe dovuto spiegare le ragioni per le quali si è discostata dal parere dell'organo tecnico interpellato.

In assenza di pubblicazione dell'esclusione sul profilo del committente e in mancanza della comunicazione all'interessata del provvedimento estromissivo, ovvero in difetto di tempestiva informazione degli ulteriori impulsi procedurali, la ricorrente non è stata messa in condizione di collaborare con la stazione appaltante presentando il campione del prodotto offerto e le relative prove di resistenza.

In sede di gara la società 3 MC si è avvalsa del principio di equivalenza, immanente nelle pubbliche gare, talché il capitolato, se fosse interpretato nel senso di escludere l'applicazione del principio di equivalenza, contrasterebbe con l'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 e sarebbe perciò illegittimo.

Sotto il profilo della disparità di trattamento, l'aggiudicataria, proprio in relazione al lenzuolino pos. 11, ha avuto modo di comprovare la conformità avvalendosi degli organismi verificatori (relazione del 9.5.2018).

Sotto altro profilo è stato violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto la *lex specialis* di gara non recava una disciplina escludente in tema di requisiti minimi dei prodotti.

2) In via subordinata: illegittimità della disciplina di gara.

Qualora la *lex specialis* di gara dovesse intendersi nel senso di escludere l'applicazione del principio di equivalenza, essa violerebbe l'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 (volto a garantire la massima partecipazione in ossequio al principio di conformità funzionale dei prodotti).

3) Illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Si sono costituiti in giudizio Estar e La Casalinda s.r.l..

Con ordinanza cautelare n. 562 del 13.9.2018, questo TAR ha ritenuto che le esigenze della ricorrente fossero tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, del d.lgs. n. 104/2010.

All'udienza del 16 ottobre 2018 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.

Estar ha eccepito l'inoppugnabilità del proprio operato, sull'assunto che la ricorrente non ha impugnato tempestivamente la clausola del capitolato speciale individuante il prodotto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto fornire.

L'eccezione è infondata.

La clausola della *lex specialis* di gara che richiedeva la fornitura di lenzuolino di carta a doppio velo avente il peso di 44 grammi per metro quadrato non precisava rispetto a quale prestazione la predetta specifica tecnica dovesse essere funzionale. Anche alla stazione appaltante si è posto il dubbio in ordine alla possibilità di integrare la suddetta clausola con il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, come dimostrano la reiterata richiesta di parere rivolta dal responsabile del procedimento alla Stazione sperimentale Carta, Cartoni e Paste per carta di Milano ed il giudizio contraddittorio espresso da quest'ultima, che da una parte ha dichiarato l'impossibilità di dimostrare l'equivalenza rispetto a prestazioni o requisiti funzionali ex art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, dall'altro ha ammesso la possibilità di confrontare i vari prodotti in merito alle possibilità di trazione per verificarne l'equivalenza. Anche all'occhio di un soggetto tecnico esterno il disciplinare di gara non risultava escludere chiaramente e inequivocabilmente la possibilità che la grammatura richiesta da Estar fosse funzionale a determinate prestazioni, desumibili ad esempio dai parametri di valutazione dell'offerta tecnica, che potevano essere assicurate anche da prodotti offerti di grammatura inferiore.

Pertanto, il capitolato ed il disciplinare di gara non contenevano una clausola di non equivalenza chiaramente percepibile, come dimostra la verifica particolare affidata dalla Commissione di gara ad un

organo tecnico esterno in sede di svolgimento della procedura selettiva: solo a seguito dell'accertamento, effettuato dalla stazione appaltante, dell'impossibilità di pervenire ad una valutazione di equivalenza funzionale in base alla disciplina di gara, è sorto per la deducente l'onere di impugnare la disciplina di gara medesima unitamente agli atti applicativi.

2. Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del gravame valgono le seguenti considerazioni.

Con la prima censura la società istante sostiene che la contestata estromissione dalla gara è incoerente con il risultato dell'istruttoria condotta dalla Stazione sperimentale Carta, Cartoni e Paste per carta, e che Estar avrebbe dovuto verificare l'equivalenza e comunque specificare le ragioni del suo discostamento dal parere dell'Istituto tecnico interpellato, tanto più che il disciplinare di gara e il capitolato non prevedono una disciplina escludente in ordine ai requisiti minimi dei prodotti. Sotto altro profilo la ricorrente lamenta di non essere stata messa in condizione di presentare un campione del prodotto offerto così da consentire le prove di resistenza, a differenza della controinteressata che invece ha interloquuto con l'Amministrazione fornendo le prove di conformità degli organismi verificatori.

La doglianza non è divisibile.

L'Istituto sperimentale ha fatto presente in un primo momento che il prodotto offerto dall'interessata, essendo di grammatura inferiore a quella prescritta dal bando, comportava l'esclusione dalla gara (documento n. 4 allegato all'impugnativa), in un secondo momento da un lato ha coerentemente attestato l'impossibilità di comprovare l'equivalenza, dall'altro ha dichiarato che "si potrebbero confrontare i vari prodotti in merito alle proprietà di trazione per verificare se

sono effettivamente equivalenti” (documento n. 5 depositato in giudizio dalla deducente). In quest’ultima parte del parere, l’Istituto tecnico ha valorizzato, ai fini dell’applicazione del principio di equivalenza ex art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, uno dei parametri prefissati da Estar ai fini della valutazione dell’offerta tecnica (cioè la resistenza).

La decisione della commissione giudicatrice di escludere la ricorrente dalla procedura selettiva trova riscontro nella parte del parere dell’organo tecnico dichiarativa dell’impossibilità di avvalersi del principio di equivalenza, in mancanza di elementi tecnici di raffronto indicati nel capitolato.

Pertanto, la stazione appaltante si è avvalsa di conclusioni cui era pervenuto l’organo tecnico interpellato. Ed in effetti la *lex specialis* di gara richiede, per il lenzuolino di carta in questione, il peso di 44 grammi per metro quadrato senza specificare la prestazione rispetto alla quale debba essere funzionale la prescritta grammatura, ovvero quale sia l’utilità della specifica tecnica richiesta. Nemmeno possono soccorrere al riguardo gli indicatori qualitativi stabiliti dal capitolato ai fini della valutazione dell’offerta tecnica (resistenza, assorbenza, morbidezza, confezionamento), trattandosi di aspetti qualitativi sui quali non può incidere solo la pesatura ma anche e soprattutto il tipo di carta utilizzata.

In definitiva, mancando nel disciplinare e nel capitolato una formulazione della specifica tecnica *de qua* in termini tali da indicarne la funzione o lo scopo, risulta impraticabile l’ammissione di prodotti di grammatura diversa da quella imposta nella *lex specialis* di gara. Pertanto, il prodotto offerto dalla ricorrente concreta l’offerta di un *aliud pro alio*, ovvero di un bene diverso da quello per la cui fornitura

era stata indetta la procedura selettiva; ne consegue che l'applicazione della disciplina di gara comporta l'estromissione della deducente per avere la stessa offerto un prodotto diverso da quello indicato nel capitolato, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione prevista nel bando (Cons. Stato, III, 3.8.2018, n. 4809).

3. Privo di pregio è il riferimento alla disparità di trattamento di cui si sarebbe avvantaggiata l'aggiudicataria.

Infatti quest'ultima non risulta avere beneficiato di prove di equivalenza, le quali risultano impossibili, stante il tenore della *lex specialis* di gara e visto il giudizio espresso dall'organo tecnico in termini di impossibilità tecnica di dimostrare l'equivalenza tra il prodotto contestato e i prodotti accettati, mancando nel capitolato elementi di raffronto oltre la grammatura, la quale assume quindi il valore di un requisito di per sé vincolante. I prodotti offerti dalla controinteressata sono stati semmai sottoposti a prove di verifica di esistenza dei prescritti requisiti ex art. 32 del d.lgs. n. 50/2016 ed alle prove previste nel disciplinare di gara, le quali esulano da quelle indicate dall'art. 68 del medesimo decreto legislativo.

4. Con il secondo motivo la ricorrente deduce il contrasto della disciplina di gara con l'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016.

Il rilievo è fondato.

Premesso che il peso di 44 grammi/mq. viene prescritto dalla contestata disciplina di gara senza ammettere alcuna valutazione di equivalenza e senza indicare, nemmeno implicitamente, alcun elemento tecnico di raffronto o alcuna prestazione funzionale idonei a guidare la verifica dell'equivalenza di cui all'invocato art. 68, il Collegio osserva quanto segue.

La grammatura imposta dalla *lex specialis* di gara costituisce una specifica tecnica, la quale, ai sensi dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, deve essere formulata in termini di prestazioni o requisiti funzionali, oppure, ove si prescindano da siffatta formulazione, deve prevedere o lasciar desumere l'equivalenza con altra specifica tecnica. Ciò al fine di evitare che una determinata caratteristica prescritta per i beni oggetto della fornitura da aggiudicare sia stabilita in maniera avulsa da una corrispondente utilità o da una corrispondente prestazione alla quale è funzionale e si risolva quindi in una ingiustificata restrizione della platea dei possibili partecipanti alla procedura selettiva.

La specifica tecnica in quanto tale, avulsa dalla possibilità di qualsiasi valutazione di equivalenza, collide con l'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 qualora l'esclusione della possibilità di equivalenza non sia funzionale ad uno specifico scopo o prestazione cui può assolvere solo quella caratteristica tecnica tassativamente predeterminata dalla stazione appaltante.

Nel caso in esame non risulta quale sia la prestazione o l'utilità alla quale è specificamente preordinata la specifica tecnica in questione, ed infatti da un lato né la *lex specialis* di gara né la difesa di Estar indicano quale sia la ragione tecnica o la finalità che ha indotto la stazione appaltante a prestabilire, come requisito minimo del prodotto, il peso di 44 grammi per metro quadrato, dall'altro la *lex specialis* di gara non lascia desumere quale sia l'elemento di raffronto in relazione al quale poter accertare l'equivalenza.

Né possono soccorrere i criteri di valutazione dell'offerta tecnica costituiti dalla resistenza e dalla assorbenza, giacché tali caratteristiche dipendono anche e soprattutto dalla composizione

della carta (su cui si sofferma l'allegato A al capitolato tecnico: documento n. 9 depositato in giudizio dalla società istante) e inoltre, in forza di tali criteri, una bassissima resistenza o una bassissima assorbenza non determinano di per sé l'esclusione dalla gara (come invece comporterebbe l'offerta di un prodotto di peso inferiore a quello prescritto) ma un punteggio basso in sede di valutazione dell'offerta tecnica che non necessariamente comporta la non ammissione alla successiva fase di gara, in quanto il prestabilito limite minimo di punteggio di 30/60 deriva non solo dalla valutazione di resistenza e assorbenza ma anche di morbidezza e confezionamento (documenti n. 9 e 10 depositati in giudizio dalla ricorrente: allegato A del capitolato tecnico e allegato B1 del capitolato)

Pertanto, il requisito del peso non appare in funzione di assorbenza e/o resistenza né di altra prestazione o scopo cui deve assolvere il lenzuolino di carta.

5. In altri termini, il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottempera in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto (TAR Sicilia, Catania, II, 10.1.2018, n. 59); corrispondentemente, la *lex specialis* di gara deve lasciar desumere quale sia lo standard funzionale cui deve rispondere la specifica tecnica prescritta, in modo da rendere possibile a ciascun concorrente la dimostrazione che la sua proposta ottempera in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto.

6. In conclusione il ricorso, quanto alla domanda di annullamento, deve essere accolto nei sensi sopra espressi (cioè in relazione

all'impugnazione, proposta in via subordinata, della disciplina di gara); per l'effetto, deve essere annullata la disciplina di gara e quindi, in via derivata, tutti gli altri atti della gara stessa, inclusa l'aggiudicazione.

Deve invece essere respinta la richiesta risarcitoria per equivalente, in quanto non supportata da alcun principio di prova e non documentata nemmeno in riferimento al *quantum* del danno asseritamente subito.

Le spese di giudizio devono essere poste a carico di Estar nella misura di euro 4.000 (quattromila) oltre accessori di legge; sussistono invece giusti motivi per compensarle nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie quanto alla domanda di annullamento nei sensi di cui in motivazione; respinge la richiesta di risarcimento del danno.

Condanna Estar a corrispondere alla ricorrente l'importo di euro 4.000 (quattromila) oltre accessori di legge, a titolo di spese di giudizio. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO