



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 357 del 2012, proposto da:

Nikon Instruments s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. ti Fabrizio Lofoco e Ugo Franceschetti, con domicilio eletto presso Fabrizio Lofoco, in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

contro

Università degli Studi di Foggia, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria in Bari, via Melo, 97;

nei confronti di

Bioagromed, Centro di Ricerca Interdipartimentale dell'Università degli Studi di Foggia;
Leica Microsystems s.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensione

- del decreto del Direttore amministrativo dell'Università degli Studi di Foggia prot. n. 2466-X/4 del 31.1.2012, ricevuto in data 6 febbraio 2012 con cui è stata aggiudicata in via definitiva alla Leica Microsystems s.r.l. la procedura di cottimo fiduciario per la fornitura ed installazione di un microscopio a fluorescenza per le esigenze del Bioagromed, centro di ricerca interdipartimentale dell'Università degli Studi di Foggia, per un importo complessivo a base d'asta di euro 63.021,52;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;
nonché per il subentro nell'aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore il dott. Paolo Amovilli;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2012 i difensori avv.ti Walter Campanile e Fabrizio Lofoco, quest'ultimo anche in sostituzione dell'avv.to Ugo Franceschetti;

FATTO e DIRITTO

1. Con decreto del Direttore Amministrativo n. 602 del 5 ottobre 2011, l'Università degli Studi di Foggia ha indetto cottimo fiduciario per l'affidamento della fornitura e l'installazione di un microscopio a fluorescenza per le esigenze del centro di ricerca interdipartimentale Bioagromed, con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso ed importo a base d'asta di 63.021,52 euro.

All'esito della valutazione comparativa delle quattro offerte pervenute, si è classificata al primo posto la Leica Microsystems s.r.l., con un ribasso percentuale di 21,5 punti, successivamente dichiarata aggiudicataria in via definitiva con decreto del Direttore amministrativo dell'Università degli Studi di Foggia n. 2466-X/4 del 31.1.2012. L'odierna ricorrente ha partecipato alla gara, classificandosi al secondo posto con un ribasso percentuale di 13,6 punti.

Le specifiche tecniche stabilite nel capitolato tecnico allegato al disciplinare di gara stabilivano che il microscopio doveva avere, tra l'altro, "tutte le automazioni e codificazioni riguardanti il revolver portafiltri a 10 posizioni".

Con il ricorso in epigrafe, la Nikon Instruments s.p.a. impugna il suddetto provvedimento di aggiudicazione definitiva, unitamente agli ulteriori atti del procedimento di gara in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

I. violazione artt. 64, 74 e 125 D.lgs. 163/2006, violazione del principio di *par condicio*, violazione della *lex specialis* ed in particolare dell'art. 1 del bando e dell'art. 1 del capitolato tecnico, eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione: l'offerta prodotta dall'aggiudicataria Leica Microsystems s.r.l. sarebbe del tutto difforme dalle prescrizioni tecniche imposte dal capitolato tecnico, in quanto concerne la fornitura di un microscopio con *revolver* porta filtri ad 8 posizioni anziché alle 10 prescritte; l'offerta di un prodotto non conforme alle specifiche tecniche sarebbe fortemente lesivo della *par condicio* tra i concorrenti, principio cardine anche delle procedure di affidamento mediante cottimo fiduciario, secondo il disposto di cui all'art. 125 Codice contratti pubblici;

II. violazione artt. 64, 68 e 125 D.lgs. 163/2006, violazione del principio di *par condicio* sotto ulteriore profilo, eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione: la possibilità per i concorrenti di offrire prodotti equivalenti dovrebbe essere accompagnata da chiarimenti indicati esclusivamente in sede di offerta e non già in sede successiva, peggio ancora dopo l'apertura delle offerte economiche, come nel caso di specie, dovendo il principio di equivalenza contemperarsi con il rispetto del principio comunitario di parità di trattamento; la Leica Microsystems s.r.l. non avrebbe poi provato l'equivalenza del prodotto offerto, bensì l'irrelevanza della specifica tecnica richiesta, violando così le prescrizioni inoppugnate della *lex specialis*.

Si è costituita l'Università degli Studi di Foggia, chiedendo il rigetto del gravame ed evidenziando in necessaria sintesi:

- la possibilità per gli operatori che concorrono all'appalto di una pubblica fornitura, di presentare prodotti equivalenti;
- il prodotto fornito da Leica Microsystems s.r.l. è stato valutato conforme ed anzi migliorativo rispetto alle specifiche tecniche del capitolato, nell'esercizio di un potere discrezionale tecnico non sindacabile dal giudice se non nei ristretti limiti della manifesta illogicità, irragionevolezza o travisamento;

All'esito della camera di consiglio del 4 aprile 2012, con ordinanza n. 240/2012 veniva accolta l'istanza cautelare, rilevandosi, pur ad un sommario esame tipico della fase cautelare, la non previsione dell'equivalenza in sede di *lex specialis*, oltre che comunque la violazione dell'art. 68 c. 4 Codice contratti pubblici.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 27 giugno 2012, nella quale la causa è passata in

decisione.

In data 28 giugno 2012, su istanza della ricorrente, è stato pubblicato ai sensi dell'art. 120 comma 9 cod. proc. amm. il dispositivo della sentenza.

2. Il ricorso è fondato e va accolto.

E' pacifico tra le parti e risultante *per tabulas* che l'offerta presentata dall'aggiudicataria Leica Microsystems s.r.l. non è conforme ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche della *lex specialis*, pur sostenendo l'Amministrazione la sostanziale equivalenza se non addirittura la superiorità del prodotto offerto da essa offerto. Infatti, le specifiche tecniche stabilite nel capitolato tecnico allegato al disciplinare di gara, stabilivano che il microscopio oggetto dell'indetto cottimo fiduciario, doveva avere, tra l'altro, "tutte le automazioni e codificazioni riguardanti il revolver portafiltri a 10 posizioni" mentre l'offerta di Leica Microsystems s.r.l. concerne la fornitura di un microscopio con *revolver* porta filtri a sole 8 posizioni.

Ai sensi del principio di equivalenza espresso dall' art. 68 comma 4, D.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006, le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche di riferimento, se nell'offerta stessa è data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche della *lex specialis*; al fine di garantire la più ampia partecipazione alla gara, la stazione appaltante, pertanto, in presenza di offerte equivalenti, deve verificare la sussistenza dei requisiti descritti al fine di effettuare la valutazione dell'offerta (*ex multis* T.A.R. Cagliari Sardegna sez. I, 20 febbraio 2012, n. 137; T.A.R. Sicilia Catania sez. II 6 marzo 2009, n. 486). Il principio di equivalenza, come correttamente sostenuto dalla ricorrente, deve contemperarsi con i principi che governano l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche (artt. 2 D.lgs. 12 aprile 2006 n.163, art. 10 direttiva CE 2004/17) tra cui la parità di trattamento e la non discriminazione.

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 (T.A.R. Lombardia - Brescia sez. II 27 maggio 2009, n. 1073) dovendo le offerte dei concorrenti soddisfare tali specifiche, a pena di una evidente difformità e di una inammissibile modificazione o integrazione postuma dell'offerta.

L'amministrazione aggiudicatrice non può chiedere chiarimenti a un candidato, la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onere, 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 dall'articolo 2, né da nessun'altra disposizione della direttiva 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. (così ancora Corte giustizia CE sez. IV 29 marzo 2012 n. 599).

La giurisprudenza è conforme nel ritenere come vengano violati i principi di "*par condicio*" dei concorrenti e di imparzialità dell'azione amministrativa, quando in sede di gara la stazione appaltante, pur in presenza di una clausola con la quale l'amministrazione si è auto vincolata, qualificando un determinato requisito dell'offerta come indispensabile, modifica d'ufficio le offerte delle partecipanti, al fine di renderle conformi "*ex post*" al capitolato

speciale (*ex plurimis* T.A.R. Lombardia - Brescia sez. II 27 maggio 2009, n. 1073).

L'integrazione ammissibile, al fine di far prevalere la sostanza sulla forma, finalizzata unicamente ad ottenere precisazioni in ordine alla documentazione prodotta, in vista della sanatoria di eventuali irregolarità formali, non può estendersi al caso in cui l'incompletezza o la non conformità alle prescrizioni di gara riguardi l'offerta tecnica ed economica, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della "*par condicio*" dei concorrenti mediante la modificazione postuma dell'offerta, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma (ancora T.A.R. Lombardia Brescia sez. II 27 maggio 2009, n. 1073).

Trattasi di principi e di norme (ivi compreso il citato comma 6 dell'art. 68 Codice contratti pubblici) da ritenersi applicabili, datane le finalità, anche agli affidamenti in economia, laddove gli artt. 125 del Codice contratti pubblici e 331 del Regolamento di attuazione ed esecuzione approvato con D.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, estendono a tali procedure, pur semplificate, il rispetto del principio di trasparenza, pubblicità, parità di trattamento e non discriminazione (T.A.R. Toscana sez. II 22 giugno 2010, n. 2025; T.A.R. Sardegna sez. I 10 marzo 2011, n. 212; T.A.R. Emilia Romagna - Bologna sez. I 19 aprile 2011, n. 372).

Ciò premesso, del tutto illegittimamente l'Amministrazione resistente, in presenza di offerta evidentemente difforme dalle specifiche tecniche richieste, ha richiesto alla Leica Microsystems s.r.l. la presentazione di chiarimenti atti a dimostrare l'equipollenza tecnica, successivamente alla presentazione delle offerte. Palese è la violazione della *par condicio*, giacché gli altri concorrenti tra cui l'odierna ricorrente, avrebbero potuto, se solo ciò fosse stato contemplato nella *lex specialis*, parametrare la propria offerta diversamente, proponendo un prodotto inferiore a quello offerto e quindi con un ribasso economico maggiore rispetto a quello proposto.

2.1. Ne consegue pertanto la fondatezza delle dedotte censure di violazione di legge (artt.64, 68 e 125 D.lgs. 163/2006) oltre che del principio di *par condicio*, nonché di eccesso di potere per violazione della *lex specialis*.

3. Per i suesposti motivi il ricorso è fondato e va accolto e per l'effetto va annullato il decreto di aggiudicazione impugnato.

Le spese seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato, come da motivazione.

Condanna l'Università degli Studi di Foggia al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, quantificate in complessivi 2.000,00 euro, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Paolo Amovilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)