

La terza sezione del Consiglio di Stato, con sentenza del 15 luglio 2021, n. 5354, ha chiarito quando l'offerta presentata nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica non è considerata conforme alle caratteristiche tecniche richieste.

In generale, ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50, le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio.

Nello specifico, la mancanza, incompletezza e, in generale, ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, ad eccezione di quelle riguardanti l'offerta economica e tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Decorso inutilmente il suddetto termine di regolarizzazione, il concorrente viene escluso dalla gara.

L'offerta non rispondente alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato, pertanto, così come l'offerta di un prodotto differente da quello indicato nelle specifiche tecniche, integra un'ipotesi di aliud pro alio, con conseguente esclusione dalla gara.

Ciò nondimeno, secondo il c.d. principio di equivalenza, previsto dall'art. 68, comma 7, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50, quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lett. b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'art. 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.

Ebbene, l'equivalenza tra i prodotti deve fondarsi su presupposti probatori di carattere obiettivo, non su una valutazione meramente soggettiva non suffragata da alcun elemento obiettivamente riscontrabile.

Così, la dichiarazione di conformità funzionale di un dispositivo medico alle specifiche tecniche indicate nel Capitolato Tecnico, non può desumersi dalla sola dichiarazione di conformità al Regolamento UE 2017/745, che rende i dispositivi da essa offerti utilizzabili in ambito ospedaliero.

Il fatto che il dispositivo medico sia certificato e utilizzabile in ambito sanitario non lo rende equivalente a quello richiesto dalla stazione appaltante nel caso in cui la *lex specialis* di gara richieda non soltanto il requisito relativo al rispetto della disciplina europea sui dispositivi medici a certificazione CE, ma anche il rispetto delle caratteristiche indicate nel capitolato tecnico.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, il Consiglio di Stato ha stabilito che le specifiche caratteristiche richieste dalla stazione appaltante, ritenute necessarie per meglio soddisfare le proprie esigenze, rendano del tutto evidente che l'offerta di un prodotto realizzato con un materiale differente da quello espressamente selezionato dalla stazione appaltante non possa ritenersi equivalente ai sensi dell'art. 68, comma 7, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50.

Riferimenti Normativi:

- art. 68, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 83, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)

- art. 86, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- Regolamento UE 2017/745