

Amministrativo 02 Novembre 2020

Appalti pubblici per la fornitura di apparecchiature medicali: il principio di equivalenza nella fattispecie di " Aliud pro alio"

di Francesca Pecora*

◀ Stampa

In breve

In materia di fornitura di apparecchiature medicali, in sede di gare d'appalto, il criterio di equivalenza disciplinato dall'art.68 del d.lgs. 50/2016 è molto dibattuto.

Mai come in questo periodo guidato dalla pandemia diviene fondamentale per i produttori e i distributori di apparecchiature medicali conoscere le posizioni giurisprudenziali per fronteggiare le procedure di gara al fine di fornire gli apparecchi medicali nel rispetto assoluto del principio della concorrenza e del favor participationis.

In materia di fornitura di apparecchiature medicali, in sede di gare d'appalto, il criterio di equivalenza disciplinato dall'art.68 del d.lgs. 50/2016 è molto dibattuto. Tuttavia, il richiamo al principio di equivalenza non può consentire di distorcere completamente l'oggetto dell'appalto, al punto di permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente (ovvero, un vero e proprio "aliud pro alio"), finendo così per rendere indeterminato l'oggetto dell'appalto medesimo. Neanche può dirsi che in un caso di *aliud pro alio* possa essere applicato il principio della più recente giurisprudenza secondo il quale la verifica di equivalenza presuppone che il prodotto concretamente offerto dal concorrente, sebbene non rispettoso formalmente dello standard tecnico-normativo richiamato dalla documentazione di gara, sia comunque idoneo a soddisfare sostanzialmente l'esigenza posta a base della relativa specifica" (Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3808) in quanto il principio di equivalenza non può consentire alle amministrazioni di snaturare sostanzialmente la legge di gara, acquistando un prodotto differente da quello oggetto della procedura.

E' accaduto in modo eclatante in Lombardia, in tempi ancora non colpiti dalla odierna pandemia, che una Stazione Appaltante avesse aggiudicato un'apparecchiatura elettromedicale diversa da quella richiesta nella lettera di invito motivando l'equivalenza della funzionalità degli apparecchi aggiudicatari alle specifiche tecniche evidenziate nel capitolato speciale e bypassando, tout court, la Classificazione Nazionale dei Dispositivi Medici, la Classificazione del *Common Procurement Vocabulary* e le Certificazioni obbligatorie richieste per la funzionalità degli apparecchi in particolari ambienti di utilizzazione (nella fattispecie l'utilizzo degli apparecchi doveva avvenire all'interno delle ambulanze).

Con la sentenza n. 00758 del 20 marzo 2018, il Tribunale Amministrativo per la Lombardia tornava a chiarire e delimitare l'applicazione del principio di equivalenza all'interno della realizzazione di un aliud pro alio con riferimento agli appalti di forniture per apparecchiature elettromedicali.

Nel caso di specie, la Stazione Appaltante (AREU) indiceva una gara d'appalto con procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b), del d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), per la fornitura di elettrocardiografi, da destinare all'azienda appaltante e da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con riferimento al lotto di gara, il bando chiariva che oggetto specifico dello stesso consisteva nella fornitura di "elettrocardiografi portatili a 12 derivazioni".

Una delle concorrenti escluse dalla procedura di gara, classificata seconda nella graduatoria della procedura ricorreva dinnanzi al competente Tribunale Amministrativo della Lombardia censurando la illegittimità della propria esclusione nonché l'ammissione dell'altra concorrente aggiudicataria dal momento che gli operatori ammessi avrebbero offerto – ad avviso della ricorrente, in palese violazione della legge di gara – non gli elettrocardiografi ma gli holter ECG, prodotti differenti da quelli oggetto della gara, realizzando così un vero e proprio "*aliud pro alio*".

Il prodotto della resistente aggiudicataria del bando, come documentalmente provato dalla ricorrente, è "iscritto nell'apposito registro del Ministero della Salute quale "Holter ECG" conforme alla Classificazione Nazionale Dispositivi Medici (CND). Infatti, nell'ambito della categoria Z "apparecchiature sanitarie e relativi componenti accessori", è previsto un ramo CND Z120503 "elettrocardiografi", all'interno della quale sono previste sette diverse tipologie di elettrocardiografi e accessori, e dall'altra il distinto codice Z120504, "strumentazione per sistemi holter per parametri cardiovascolari" che include otto diverse tipologie di holter e relativo materiale".

Il T.A.R della Lombardia nel confermare che gli apparecchi classificati quali holter ECG non possono essere assimilati o equiparati agli elettrocardiografi in quanto presentano caratteri differenti e non vanno confusi con i primi, "si avvale anche della letteratura scientifica prodotta in copia dalla ricorrente" per mettere in luce "le caratteristiche e le finalità di impiego degli elettrocardiografi" evidenziando che "la nozione di questi ultimi non può essere intesa in modo generico, bensì in senso specialistico, quale strumento che rispetta le classificazioni previste dalla normativa tecnica sanitaria".

Per il T.A.R. della Lombardia, come per la ricorrente, diviene essenziale rimarcare la differenza tra holter ECG ed elettrocardiografi, anche evidenziando l'esistenza dell'apposita certificazione tecnica EN 1789 che permette solo agli ECG di essere utilizzati a bordo delle autoambulanze (come sopra evidenziato la lettera di invito espressamente richiedeva la partecipazione dei concorrenti per la fornitura di elettrocardiografi a 12 derivazioni da destinarsi all'utilizzo nelle autoambulanze).

Il T.A.R della Lombardia, inoltre, nel rigettare integralmente la tesi della resistente sulla presunta conformità dell'holter da lei offerto alla legge di gara e per definire il corretto oggetto di gara, fa riferimento alla lettera di invito che oltre ad essere chiara nel riferimento agli elettrocardiografi, richiama la classificazione del CVP, il Vocabolario Comune per gli appalti (Common Procurement Vocabulary) ovvero la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici prevista da un apposito regolamento comunitario.

Secondo quanto disposto dal T.A.R. della Lombardia "non può indurre a diversa conclusione la lettura del capitolato speciale sulle caratteristiche minime, posto che il capitolato deve essere interpretato avendo presente la lettera di invito costituente quest'ultima il vero e proprio bando o avviso di gara, con il quale la stazione appaltante individua l'oggetto della fornitura richiesta e considerando che in caso di contrasto fra il bando e gli altri atti costituenti la lex specialis di gara (disciplinare e capitolato), prevale comunque il bando visto che gli altri documenti sono chiamati ad integrare il primo e non a modificarlo".

Il Collegio nell'osservare che la Stazione Appaltante ha considerato valida l'offerta anche in applicazione del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del D. Lgs. 50/2016, ritiene tuttavia che tale norma sia stata erroneamente interpretata ed applicata nel caso di specie "...neppure potrebbe essere invocato il c.d. principio di equivalenza di cui all'art. 68 del codice, giacché quest'ultimo non può consentire alle amministrazioni di snaturare sostanzialmente la legge di gara, acquistando un prodotto differente da quello oggetto della procedura".

Diviene rilevante come il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia rimarca, in un caso di aliud pro alio, anche i limiti di applicazione del principio di equivalenza evidenziando che, se il bando di gara richiede un prodotto con determinati requisiti essenziali che nulla osta ad un'impresa di settore di inserire nelle sue produzioni, il principio di equivalenza non può essere utilizzato per modificare surrettiziamente la legge di gara consentendo ai concorrenti di offrire beni con caratteristiche materiali o funzionali alternative e probabilmente sovrapponibili, danneggiando in tal modo i concorrenti che abbiano puntualmente osservato la disciplina della gara.

* Avvocato Francesca Pecora, A.L. Assistenza Legale