

Appalti di forniture: la campionatura non è elemento costitutivo-essenziale dell'offerta tecnica, ma semplicemente dimostrativo della stessa

di Rita Maiolo

Data di pubblicazione: 5-2-2017

Come ha chiarito la giurisprudenza, la funzione assegnata dall'art. 42, comma 1, lett. I), d.lgs. n. 163 del 2006 alla campionatura non è di integrare, essa stessa, l'offerta tecnica, bensì di comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi detti appunto "campioni", la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti. Il campione non è, dunque, un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica, che consente all'Amministrazione di considerare e vagliare l'idoneità tecnica del prodotto offerto.

E' evidente, pertanto, che, stando alla richiamata giurisprudenza, l'eventuale adempimento alla richiesta di produzione di un campione non costituisce, ai sensi della *lex specialis*, un adempimento essenziale ai fini dell'ammissibilità dell'offerta. Non trattandosi di elemento essenziale dell'offerta e attenendo la clausola invocata dall'appellante a un requisito di ammissione non previsto dalla legge o da altri atti normativi, la previsione incorre nel divieto posto dall'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, come bene affermato dalla gravata sentenza: si tratta di clausola nulla, rilevabile *ex officio* ex art. 31, comma 4, Cod. proc. amm. (1).

(1) Conforme Consiglio di Stato, Sez. III, 8 settembre 2015, n. 4191.

Guida alla lettura

La decisione in commento focalizza una **questione che, sebbene circoscritta ad una peculiare tipologia di appalti, presenta delle ricadute più generali, anche di natura processuale**: in termini più precisi, si rileva come, **negli appalti di forniture, la produzione di "campioni" rappresentativi dell'offerta tecnica da parte di ciascuna impresa partecipante alla gara (ex art. 42, comma 1, lett. I) D. Lgs. 163/2006), non assurge ad elemento essenziale e costitutivo dell'offerta medesima, bensì ad elemento meramente dimostrativo delle capacità tecniche dei concorrenti.**

Pertanto, **un'eventuale clausola prevista nella *lex specialis* che esiga, a pena di esclusione dell'impresa che non vi ottemperi, l'adempimento della richiesta di produzione di un campione dei beni da fornire, non rientra nelle ipotesi contemplate dall'art. 46, comma 1 bis, del precedente Codice dei Contratti; con la conseguenza che, non costituendo la suddetta richiesta un adempimento essenziale ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, la clausola che la prevede è affetta da nullità rilevabile d'ufficio**, ai sensi dell'art. 31, comma 4, del Codice del Processo Amministrativo.

Ebbene, proprio questo è l'esito cui pervengono i Giudici della Quinta Sezione nel caso *de quo*, dato che il disciplinare di gara, regolante quello specifico appalto di forniture, conteneva proprio una clausola (art. 5, comma 8) secondo cui la Commissione di gara aveva la facoltà di richiedere ai concorrenti la consegna, a proprie spese "ed a pena di esclusione", di una c.d. isola ecologica informatizzata, avente determinate caratteristiche, "al fine di consentire la valutazione dell'offerta".

La clausola oggetto di contestazione, non potendo qualificarsi come essenziale, è inidonea a consentire l'esclusione da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del Codice del 2006. Infatti, la sua previsione, da parte della *lex specialis*, postula un adempimento (consegna alla Commissione delle c.d. isole ecologiche) non previsto dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, né assolutamente necessario al fine di evitare incertezze sul contenuto, sugli elementi essenziali o sulla provenienza dell'offerta, ovvero per garantire il rispetto del principio di segretezza delle offerte: **conseguenza inevitabile è, dunque, la nullità della clausola in esame, invalidità per cui l'art. 31, comma 4, del c.p.a. consente la rilevazione ufficiosa dal parte del giudice.**

A questi rilievi, inoltre, il Giudice di primo grado aveva poi affiancato anche la disamina di contenuti ulteriori del disciplinare di gara, da cui era facilmente desumibile la suddetta non essenzialità della consegna di "campioni" delle forniture, ai fini della valutazione delle offerte tecniche presentate dalle concorrenti. Nello specifico, l'art. 5, comma 7, del disciplinare, nel prevedere che la Commissione di gara doveva valutare la "documentazione costituente l'offerta tecnica", confermava così che la consegna di un campione della fornitura fuoriusciva dal contenuto essenziale dell'offerta stessa.

Circa il **secondo motivo di appello**, con il quale l'appellante contesta le valutazioni della Commissione di gara sui vari parametri di valutazione delle isole ecologiche, il Collegio osserva che **tali doglianze sono inammissibili, poiché, essendo dirette a sostituire la valutazione di discrezionalità tecnica di pertinenza dell'Amministrazione e non evidenziando palesi illogicità o travisamenti della stessa, si risolvono in censure sul merito amministrativo pacificamente insindacabile.**

Quanto al **terzo ed ultimo motivo di appello**, la Sezione Quinta si sofferma su un'ulteriore problematica, piuttosto interessante, relativa alla **lettura, da parte della Commissione di gara, del punteggio ottenuto in sede di valutazione delle offerte tecniche.** Su tale profilo, sia il Tar che il Consiglio di Stato hanno sostenuto che, **in armonia con quanto previsto al riguardo dall'art. 283, comma 3, D.P.R. n. 207 del 2010** (Regolamento di esecuzione del

vecchio Codice dei Contratti Pubblici), **l'obbligo incumbente sulla Commissione di dare lettura dei punteggi delle offerte tecniche debba essere riferito al solo punteggio complessivo dell'offerta e non anche ai singoli sub-profil**i, come auspicato dall'appellante. Del resto, a sostegno dell'infondatezza di questo motivo d'appello, vi era anche la specifica previsione dell'art. 5, comma 9, del disciplinare che prescriveva alla Commissione di dare *"lettura dei punteggi attribuiti relativi all'offerta tecnica"*, all'esito delle operazioni di gara.

In chiusura, è utile segnalare come, **negli appalti di forniture, la possibilità da parte della stazione appaltante di richiedere la "produzione di campioni" al fine di dimostrare le capacità tecniche dei concorrenti** (ex art. 42, comma 1, lett. l) D. Lgs. 163/2006), **sia stata espunta dal nuovo Codice dei Contratti (D. Lgs. 50/2016)**. Infatti, nell'art. 83, rubricato *"Criteri di selezione e soccorso istruttorio"*, il comma 6, relativamente agli appalti di servizi e forniture, consente alle stazioni appaltanti, ai fini della valutazione delle capacità sia tecniche che professionali delle partecipanti, di *"richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità"*. Il secondo inciso, poi, esclusivamente per gli appalti di forniture ed ai soli fini della valutazione della capacità professionale degli operatori economici di fornire servizi e di eseguire l'installazione o i lavori, individua come parametro di riferimento la competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità delle concorrenti.

E' evidente, pertanto, come oggi la dimostrazione delle capacità tecniche non necessiti più della produzione e della consegna di campioni, ma richieda l'attestazione di requisiti in grado di comprovare l'effettiva idoneità (sub specie di competenza, efficienza, esperienza ed affidabilità) delle imprese nell'esecuzione dell'appalto.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3420 del 2016, proposto da:

Scau Ecologica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Radice, con domicilio eletto presso Marcello Pizzi in Roma, Piazzale Clodio, 56;

contro

Comune di Cisterna di Latina, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Raponi C.F. RPNFBA72L28H5011, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Id&A s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00022/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di attrezzature informatizzate, software, beni, servizi di manutenzione e svolgimento della campagna di comunicazione per la realizzazione di un sistema di raccolta informatizzata nella zona centro – Risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cisterna di Latina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Antonio Radice e Fabio Raponi;

FATTO

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Latina, Sez. I, con sentenza 21 gennaio 2016, n. 22, ha respinto il ricorso di Scau Ecologica s.r.l. per l'annullamento: della determinazione del Comune di Cisterna di Latina n. 97 del 20 agosto 2015, pubblicata il 21 agosto 2015, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva all'ID & A s.r.l. dell'appalto per la fornitura di attrezzature informatizzate, software, beni, servizi di manutenzione e svolgimento della campagna di comunicazione per la realizzazione di un sistema di raccolta

informatizzata nella Zona Centro; della nota del Comune di Cisterna di Latina prot. n. 35399 del 21 agosto 2015, avente ad oggetto la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla ID & A s.r.l.; dei verbali di gara n. 4 del 4 giugno 2015, n. 6 del 24 giugno 2015 (con le tabelle di valutazione allegate), n. 7 del 7 luglio 2015, n. 8 del 10 luglio 2015 e n. 9 del 27 luglio 2015.

La sentenza ha rilevato sinteticamente che:

- l'art. 5, comma 8, del disciplinare attribuisce alla Commissione di gara la facoltà di richiedere ai concorrenti la consegna a proprie spese, entro il termine di otto giorni dall'invio della relativa comunicazione "ed a pena di esclusione", di una c.d. isola ecologica informatizzata con sei contenitori in linea e di un'isola informatizzata con 2x3 contenitori dotati delle descrizioni minime riportate nel capitolato speciale: "ciò al fine di consentire la valutazione dell'offerta";
- la clausola di cui all'art. 5, comma 8, del disciplinare di gara non rientra tra quelle che, in base all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 giustificano l'esclusione di un concorrente dalla gara, giacché la sua previsione, da parte della lex specialis, postula un adempimento (consegna alla Commissione delle c.d. isole ecologiche) non previsto dal *Codice dei contratti pubblici*, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, né assolutamente necessario al fine di evitare incertezze sul contenuto, sugli elementi essenziali o sulla provenienza dell'offerta, ovvero per garantire il rispetto del principio di segretezza delle offerte: ne consegue la nullità della clausola in esame;
- l'art. 4 del disciplinare indica espressamente cosa debba intendersi per "offerta tecnica" da parte di ciascun concorrente, non inserendo, tra gli elementi che la compongono, la consegna di un campione della fornitura in visione alla Commissione;
- a sua volta, l'art. 5, comma 7, del disciplinare di gara afferma che la Commissione di gara procede a valutare, in una o più sedute riservate di cui viene redatto apposito verbale, la "documentazione costituente l'offerta tecnica", così confermando che la consegna (su richiesta della Commissione) di un campione della fornitura fuoriesce dal contenuto essenziale dell'offerta stessa;
- l'art. 5, comma 7, del disciplinare di gara in materia di valutazione delle offerte tecniche delle ditte concorrenti induce ad escludere che per detta valutazione fosse indispensabile, per la Commissione, procedere a visionare i campioni delle forniture;
- la società ricorrente lamenta l'erronea valutazione di una serie di sub-profili, ma il giudice di legittimità può spingere il suo accertamento fino a controllare l'attendibilità delle valutazioni tecniche eseguite dalla P.A., senza sostituirsi ad essa negli apprezzamenti di merito;
- perciò, a fronte dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia palesi illogicità o travisamenti degli stessi, ma miri solo a sostituire il giudizio dell'organo collegiale con il proprio giudizio;

- nella fattispecie all'esame le censure mosse dalla ricorrente non evidenziano alcuna palese illogicità e/o irragionevolezza e/o incongruenza dei giudizi tecnici espressi dalla Commissione di gara;

- non vi è alcuna disposizione da cui si desuma l'obbligo della Commissione di gara di comunicare non solo il punteggio complessivo delle offerte tecniche, ma anche i punteggi dei singoli sub-profilo;

- peraltro, soccorre l'art. 283, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010, dal quale si desume l'obbligo di lettura dei punteggi delle offerte tecniche, e non dei vari sub-punteggi attribuiti per i singoli sub-profilo;

- se la Commissione di gara ha ommesso di comunicare tali punteggi nella seduta del 10 luglio 2015, è altrettanto ovvio che non ha fatto sottoscrivere i verbali ad essi relativi ai partecipanti alla seduta pubblica.

L'appellante contestava la sentenza deducendone l'erroneità e riproponendo, nella sostanza, i motivi del ricorso di primo grado disattesi.

Con l'appello in esame chiedeva, quindi, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva il Comune appellato chiedendo la reiezione dell'appello.

All'udienza pubblica del 13 dicembre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo di appello, che contesta la ritenuta nullità della clausola contenuta nell'art. 5, comma 8, del disciplinare di gara, non è fondato.

Infatti, come ha chiarito la giurisprudenza (Cons. Stato, III, 8 settembre 2015, n. 4191) la funzione assegnata dall'art. 42, comma 1, lett. I), d.lgs. n. 163 del 2006 alla campionatura non è di integrare, essa stessa, l'offerta tecnica, bensì di comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi detti appunto "campioni", la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti.

Il campione non è, dunque, un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica, che consente all'Amministrazione di considerare e vagliare l'idoneità tecnica del prodotto offerto: non è sua parte integrante, per quanto sia oggetto di un'apposita valutazione da parte della Commissione giudicatrice, perché la sua funzione è quella, chiaramente stabilita dall'art. 42, comma 1, lett. I), d.lgs. n. 163 del 2006, di fornire la "dimostrazione delle capacità tecniche dei contraenti", per gli appalti di forniture, attraverso la "produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire".

E' evidente, pertanto, che l'eventuale adempimento alla richiesta di produzione di un campione non costituisce, ai sensi della *lex specialis*, stando alla richiamata giurisprudenza, un

adempimento essenziale ai fini dell'ammissibilità dell'offerta.

Non trattandosi di elemento essenziale dell'offerta e attenendo la clausola invocata dall'appellante a un requisito di ammissione non previsto dalla legge o da altri atti normativi, la previsione incorre nel divieto posto dall'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, come bene affermato dalla gravata sentenza: si tratta di clausola nulla, rilevabile *ex officio* ex art. 31, comma 4, Cod. proc. amm..

Posta questa nullità, è irrilevante quanto assume l'appellante, ovvero che la Commissione di gara avrebbe esaminato le "isole ecologiche" depositate dall'ID & A s.r.l., e non già le singole componenti delle isole ancora smontate. A parte che non è stata proposta alcuna querela di falso per contestare tale affermazione della Commissione di gara, neanche posteriormente al giudizio di primo grado, pur avendo l'attuale appellante, in primo grado, chiesto anche termine ex art. 77, comma 1, Cod. proc. amm., per proporre querela di falso avverso il verbale di gara contenente la predetta affermazione.

2. I detti rilievi privano di rilevanza anche il secondo motivo di appello, con il quale l'appellante contesta le valutazioni della Commissione di gara sui vari parametri di valutazione delle isole ecologiche.

In ogni caso, i rilievi, intesi a sostituire la valutazione di discrezionalità tecnica di pertinenza dell'Amministrazione, sono inammissibili, in quanto si risolvono in censure sul merito amministrativo insindacabile.

3. Il terzo motivo di appello è infondato, posto che la gara si è svolta legittimamente in base all'art. 5, comma 9, del disciplinare che prevede che, all'esito delle operazioni di gara, la Commissione dia "lettura dei punteggi attribuiti relativi all'offerta tecnica".

La previsione va intesa nel senso dell'obbligo di lettura del solo punteggio complessivo dell'offerta e non anche dei sub-profili, in armonia con l'art. 283, comma 3, d.P.R. n. 207 del 2010, come ha correttamente rileva la sentenza impugnata.

Peraltro, il punteggio per tali aspetti era pur sempre suscettibile di istanza di accesso, anche ai fini di rilevare la sussistenza o meno dell'effettuazione delle operazioni di riparametrazione.

3. Conclusivamente, l'appello va respinto in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della parte appellata, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere