

## **E' LEGITTIMA LA REVOCA DELL'AGGIUDICAZIONE, DISPOSTA ENTRO BREVE TEMPO, OVE FONDATA SULLA DIFFORMITÀ DEL PRODOTTO OFFERTO RISPETTO A QUELLO RICHIESTO DALLA LEX SPECIALIS DI GARA**

*di Eugenio De Carlo*

*Data di pubblicazione: 22-10-2016*

1. Deve ritenersi adeguatamente motivato il provvedimento nel momento in cui si fa riferimento alla difformità del prodotto offerto rispetto a quello richiesto nella lettera di invito, soprattutto quando il tempo trascorso tra i due provvedimenti (aggiudicazione e revoca) non può aver inciso sull'affidamento dell'aggiudicatario.

2. A fronte della chiara prescrizione, negli atti di gara, di taluni elementi essenziali nella composizione dei prodotti, richiesti a pena di esclusione, la presenza di una composizione diversa non vale a garantire, in mancanza di quelle caratteristiche, la sua rispondenza alle esigenze che l'Amministrazione ha inteso cristallizzare, nell'esercizio della sua discrezionalità, nella *lex specialis*.

3. I chiarimenti della stazione appaltante non possono valere in alcun modo a modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, per come scolpita nella *lex specialis*, restando legittimi nelle sole ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, costituendo, solo in tale caso, una sorta di interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione aggiudicatrice chiarisce la propria volontà provvedi mentale.

4. Nelle gare pubbliche le valutazioni operate dalle commissioni giudicanti in ordine alle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.

5. Non si può richiedere che nelle schede tecniche dei prodotti "appaia" anche l'indicazione di sostanze non presenti nello stesso prodotto, per cui sono ammesse solo precisazioni della documentazione prodotta che in quanto tali non costituiscono integrazione di un'offerta carente.

## Guida alla lettura

Il TAR salentino con la sentenza in oggetto ha deciso un ricorso relativo all'aggiudicazione di una gara indetta per la fornitura di prodotti igienico-sanitari. In particolare, la società ricorrente aveva impugnato la deliberazione era stata revocata l'aggiudicazione definitiva di una fornitura biennale di prodotti ed era stato deciso di escluderla per aver presentato offerte di prodotti con caratteristiche tecniche non conformi a quelle richieste dalla lettera di invito.

Il motivo di ricorso avverso l'illegittimità di detta decisione, tuttavia, è stato respinto dal TAR che si è rifatto al precedente giurisprudenziale del TAR Campania secondo cui *“La determinazione di revoca dell'aggiudicazione definitiva di una gara d'appalto è in sé sorretta dall'interesse pubblico specifico, di rilevante importanza ai fini della corretta gestione delle risorse finanziarie collettive, di assegnare le commesse pubbliche ad operatori economici affidabili e capaci di portare a termine gli obiettivi programmati negli atti di gara, interesse di rilievo comunitario di per sé superiore all'interesse particolare dell'impresa a conservare l'aggiudicazione viziata dall'incongruità dell'offerta, a maggior ragione quando, come nella fattispecie, il fattore tempo, per la sua scarsa consistenza (si tratta di un intervallo di poco meno di un anno dall'intervenuta aggiudicazione, peraltro nelle more sospesa), non ha ancora inciso nel rafforzare la stabilità dell'affidamento”* (TAR Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2213).

Allo stesso modo è stato respinto il ricorso relativamente alla doglianza circa l'idoneità del prodotto contestato atteso che era stato accertato che il prodotto offerto dalla ricorrente non aveva le caratteristiche richieste dal bando, avendo una composizione differente, così come appurato dalla consulenza dell'ASL di Taranto.

E' stato osservato, inoltre, che il chiarimento fornito dalla stazione appaltante, nel senso che con la descrizione del prodotto si indicava l'azione che questo doveva effettuare, potesse determinare l'ammissibilità di prodotti aventi una composizione diversa da quella prevista dal bando a pena di esclusione, avendo precisato la giurisprudenza che : *“la Commissione di gara può chiarire la portata di clausole ambigue, valutando anche l'equivalenza delle soluzioni tecniche offerte, ma non può, in alcun caso, ammettere alla gara offerte che presentano soluzioni tecniche che non rispettano i requisiti minimi e i caratteri essenziali richiesti dalla lex specialis ... I chiarimenti, infatti, non possono valere in alcun modo a modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, per come scolpita nella lex specialis, restando legittimi nelle sole ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, costituendo, solo in tale caso, una sorta di interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione aggiudicatrice chiarisce la propria volontà provvedimentoale”* (Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 746).

Infatti, in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la stazione appaltante è tenuta ad applicare rigorosamente le regole fissate nel bando, atteso che questo costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *ius superveniens*, fatto salvo l'esercizio del potere di autotutela. Ad avviso della giurisprudenza, quindi, la stazione appaltante può chiarire nel corso del procedimento le previsioni della *lex specialis* esclusivamente quando queste siano equivoche

o comunque si prestino ad incertezze interpretative. In questo senso, allora, i chiarimenti dell'amministrazione, in una situazione di obiettiva incertezza, non costituiscono un'indebita modifica delle regole di gara ma una sorta di interpretazione autentica (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 24 settembre 2013, n. 2197).

Al contrario, l'offerta presentata da altra concorrente, risultata aggiudicataria finale a seguito della revoca della precedente aggiudicazione, è risultata conforme alle caratteristiche richieste dal bando, come appurato dalla consulenza resa dalla predetta ASL e senza che potesse essere sindacato il giudizio tecnico della commissione di gara atteso che *“nelle gare pubbliche le valutazioni operate dalle commissioni giudicanti in ordine alle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti”* (Tar Lecce, sez. III, 26 giugno 2016, n. 998).

Infine, è stato osservato dal TAR che non si può richiedere che nelle schede tecniche dei prodotti “appaia” anche l'indicazione di sostanze non presenti nello stesso prodotto, per cui non è stata ritenuta sussistente alcuna (vietata) integrazione di un'offerta carente, ma solo una precisazione della documentazione prodotta.

## **REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1218 del 2016, proposto da:

XXX Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati  
Cosimo Gabriele Rosafio C.F. RSFCMG82L09L049S, Sandro Maggio C.F.

MGGSDR81L23L049V, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

contro

YYY Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Emiliano Pacifico C.F. PCFMLN78T05L049G, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Starace in Lecce, via Lupiae 33;

nei confronti di

ZZZ, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani C.F. STCSVR75E11D862Q, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

per l'annullamento

della deliberazione n. 52 del 22.7.2016 a firma dell'Amministratore Unico di YYY, notificata in pari data alla ricorrente, e di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali anche di estremi e contenuto sconosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio ...;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2016 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi gli avv.ti ...;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La società ricorrente ha impugnato la deliberazione con la quale la YYY ha deciso *“di revocare ... la delibera .... di aggiudicazione definitiva della fornitura biennale di detergenti superconcentrati, disinfettanti superconcentrati, installazione di n. 08 stazioni di dosaggio automatico e n. 1750 flaconi spruzzatori serigrafati ...; di ritenere conseguentemente esclusa dalla procedura di gara la ditta XXX. per aver presentato offerte di prodotti con caratteristiche tecniche non conformi a quelle richieste dalla lettera di invito; ... di aggiudicare l'affidamento della fornitura biennale de qua alla ditta ZZZ ...”*.

Nella camera di consiglio del 14 settembre 2016, avvertite le parti ex art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1. È da rilevare anzitutto che, pur ritenendosi necessaria una congrua motivazione in ordine al

modo in cui l'Amministrazione contempera i contrastanti interessi nel momento dell'emanazione dell'atto di revoca dell'aggiudicazione di una gara, deve ritenersi adeguatamente motivato il provvedimento, quale quello in esame, nel momento in cui si fa riferimento alla difformità del prodotto offerto dalla ricorrente rispetto a quello richiesto nella lettera di invito, soprattutto quando, come nel caso in esame, il tempo trascorso (da aprile a luglio) tra i due provvedimenti (aggiudicazione e revoca) non può aver inciso sull'affidamento (*"La determinazione di revoca dell'aggiudicazione definitiva di una gara d'appalto è in sé sorretta dall'interesse pubblico specifico, di rilevante importanza ai fini della corretta gestione delle risorse finanziarie collettive, di assegnare le commesse pubbliche ad operatori economici affidabili e capaci di portare a termine gli obiettivi programmati negli atti di gara, interesse di rilievo comunitario di per sé superiore all'interesse particolare dell'impresa a conservare l'aggiudicazione viziata dall'incongruità dell'offerta, a maggior ragione quando, come nella fattispecie, il fattore tempo, per la sua scarsa consistenza (si tratta di un intervallo di poco meno di un anno dall'intervenuta aggiudicazione, peraltro nelle more sospesa), non ha ancora inciso nel rafforzare la stabilità dell'affidamento"*; Tar Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2213).

2. Per quanto riguarda l'esclusione disposta in ragione della non conformità delle caratteristiche del prodotto "... (voce disciplinare n. 5), rispetto a quelle richieste quale detergente disinfettante altamente concentrato (P.M.C.), il bando prevede espressamente che *"il detergente disinfettante altamente concentrato, a pena di esclusione dalla gara dovrà avere le seguenti caratteristiche tecniche minime ..."*.

Nel caso in esame, è stato accertato che il prodotto offerto dalla ricorrente non ha le caratteristiche richieste dal bando.

Infatti, già nella seduta del 5 maggio 2015 la Commissione tecnica aveva rilevato, tra l'altro, in relazione al prodotto contestato, che: *"o-benzil-p-clorofenolo, caratteristiche del prodotto offerto 1,25 gr a fronte delle richieste minime di 7,5 gr. ..."*.

Anche la consulenza dell'Asl di Taranto, richiesta dalla Commissione tecnica a seguito dei rilievi delle società partecipanti, ha concluso che il prodotto "..." non è conforme alle caratteristiche tecniche richieste dal bando, avendo una composizione differente.

La non conformità dei prodotti offerti determina l'applicazione della *lex specialis*, la quale, come sopra rilevato, richiede la presenza, a pena di esclusione, dei componenti espressamente elencati nel bando.

3. Non può poi ritenersi che il chiarimento fornito dalla stazione appaltante, nel senso che con la descrizione del prodotto si indicava l'azione che questo doveva effettuare, possa determinare l'ammissibilità di prodotti aventi una composizione diversa da quella prevista dal bando a pena di esclusione.

La giurisprudenza ha difatti precisato che *"la Commissione di gara può chiarire la portata di clausole ambigue, valutando anche l'equivalenza delle soluzioni tecniche offerte, ma non può, in alcun caso, ammettere alla gara offerte che presentano soluzioni tecniche che non*

*rispettano i requisiti minimi e i caratteri essenziali richiesti dalla lex specialis ... I chiarimenti, infatti, non possono valere in alcun modo a modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, per come scolpita nella lex specialis, restando legittimi nelle sole ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, costituendo, solo in tale caso, una sorta di interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione aggiudicatrice chiarisce la propria volontà provvedimentoale" (Cons. St., sez. III, 24 febbraio 2016, n. 746).*

4. In sostanza, a fronte della chiara prescrizione, negli atti di gara, di taluni elementi essenziali nella composizione dei prodotti, richiesti a pena di esclusione, la presenza di una composizione diversa non vale a garantire, in mancanza di quelle caratteristiche, la sua rispondenza alle esigenze che l'Amministrazione ha inteso cristallizzare, nell'esercizio della sua discrezionalità, nella *lex specialis*.

5. Diverso è il discorso relativo all'offerta della ZZZ.

In relazione all'offerta di quest'ultima la consulenza dell'Asl di Taranto ha ritenuto che i prodotti sono conformi a quanto richiesto dal bando.

In particolare, ha accertato che il prodotto n. 1, detergente deodorante concentrato per pavimenti, nonostante le informazioni tecniche indicassero un PH 9, aveva un PH pari a 10 (*"il PH ... nelle proprietà chimico fisiche del prodotto è 10"*), quindi esattamente corrispondente a quanto richiesto dal bando.

Per il disincrostante superconcentrato WC, per il quale la sussistenza delle caratteristiche tecniche minime non erano richieste a pena di esclusione, la consulenza ha rilevato che il PH *"indicato 1% e non 2,5% non influenza l'attività richiesta"*.

È evidente quindi la differenza che sorge tra le posizioni della ricorrente e quella della ZZZ, laddove per la prima è stata verificata una non conformità dei prodotti offerti mentre per la seconda, al contrario, è stata accertata una conformità.

Pertanto, solo per l'offerta presentata dalla controinteressata ZZZ è possibile applicare il principio di equivalenza, posto che per il disincrostante il bando non richiedeva una composizione determinata a pena di esclusione, e l'accertamento effettuato dal tecnico dell'Asl ha condotto ad affermare che il differente PH non influenza l'attività richiesta.

6. È poi da rilevare che per giurisprudenza costante *"nelle gare pubbliche le valutazioni operate dalle commissioni giudicanti in ordine alle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti"* (Tar Lecce, sez. III, 26 giugno 2016, n. 998).

Posti questi principi, nel caso in esame, non è ravvisabile alcuna irragionevolezza o illogicità nelle valutazioni tecniche delle offerte della ricorrente e della controinteressata, valutazioni che

hanno anche condotto, alla luce delle diffide presentate dalle concorrenti a richiedere un parere a tecnico specialistico dell'Asl di Taranto.

7. Da ultimo, la prescrizione del bando secondo cui i prodotti: *“a) non dovranno contenere nichel, cromo, .... L'assenza delle sostanze di cui al punto a) ed ogni altra indicazione relativa all'eventuale pericolosità e nocività dovranno apparire, pena l'esclusione dalla gara. Sulla scheda tecnica e sulla scheda di sicurezza da allegare all'offerta ...”*, deve essere interpretata non nel senso che era necessaria una dichiarazione esplicita sull'assenza delle sostanze, ma nel senso di ritenere sufficiente che dalle schede non si evincesse la presenza di alcuna di queste sostanze.

Tale interpretazione è l'unica possibile, posto che non si può richiedere che nelle schede tecniche dei prodotti “appaia” anche l'indicazione di sostanze non presenti nello stesso prodotto.

Non vi è stata quindi alcuna integrazione di un'offerta carente, ma solo una precisazione della documentazione prodotta, tant'è che la controinteressata, nel rispondere alla richiesta della stazione appaltante in ordine alla mancanza di queste sostanze, si è limitata a richiamare le schede tecniche (*“la totalità di queste informazioni si evince dalla Scheda Tecnica e di Sicurezza del prodotto in questione ...”*; v. nota 22 luglio 2016 della ZZZ).

8. In conclusione il ricorso deve essere respinto.

Sussistono eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Manca, Presidente FF

Carlo Dibello, Consigliere

Claudia Lattanzi, Primo Referendario, Estensore

