

Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n.6827 del 4 agosto 2022

Appalti di forniture – Presentazione campionatura errata – Esclusione dalla procedura – Illegittima per violazione tassatività cause di esclusione – Ammesso soccorso istruttorio

N. 06827/2022 REG.PROV.COLL.

N. 02723/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2723 del 2022, proposto dalla società (...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato (...);
- l'Azienda Regionale (...), la Provincia (...), la Regione (...) e la Regione (...), non costituiti in giudizio;

nei confronti

di (...) S.p.a., non costituita in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - della Provincia di Trento n. 57/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2022, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 9 ottobre 2020, l'Azienda Provinciale (...) ha indetto una gara telematica, suddivisa in 5 lotti, per *“l'affidamento dell'appalto di fornitura di emostatici occorrenti all'Azienda Provinciale (...) e all'Azienda Regionale (...)”* da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, distinto in 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per quella economica, su un importo a base d'asta complessivo di euro 534.935,17 annui, per un valore stimato complessivo di euro 5.456.338,73.

1.1. La società (...) S.p.a., odierna appellante, ha concorso per il Lotto n. 1, avente ad oggetto la fornitura di *“cellulosa ossidata assorbibile in forma di garza o patch”* suddivisa in 4 voci (a, b, c, d) caratterizzate dalle seguenti misure: a) cm 5x1,25; b) cm 5x7,5; c) cm 5x35; d) cm 10x20, per un importo a base d'asta di euro 289.530,35 annui, un valore massimo stimato di euro 2.953.209,57 e la durata di 4 anni, rinnovabile per ulteriori 4.

1.2. Nella seduta del 6 dicembre 2021 la Commissione di gara ha comunicato gli esiti delle verifiche delle offerte tecniche, che hanno visto esclusa la (...) S.p.a. in quanto la stessa *“ha presentato campionatura con le misure della voce c), anziché della voce b), come richiesto dal Disciplinare di gara. Anche se dal documento di trasporto risulta essere stata consegnata la campionatura con le misure e il codice prodotto propri della voce b), come richiesto, i campioni effettivamente presentati risultano avere le misure rispondenti ai requisiti della voce c) (e anche il differente codice prodotto presente nelle confezioni consegnate ne è la riprova)”*.

In altri termini, la società, che ha offerto nelle quattro misure richieste un emostatico monouso in garza completamente assorbibile in cellulosa ossidata e rigenerata (ORC)

denominato “*Curacel Standard*”, dei due campioni richiesti ai fini della valutazione ne ha presentato uno correttamente e un altro non corrispondente, quanto alle misure, alle prescrizioni del disciplinare di gara.

2. Con ricorso dinanzi al TRGA di Trento, la (...) S.p.a. ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, nonché la *lex specialis*.

2.1. In sintesi, ad avviso della società ricorrente, i campioni di emostatico che i concorrenti erano tenuti a presentare ai sensi del disciplinare di gara non integrano elementi costitutivi dell’offerta tecnica bensì contributi solo dimostrativi, per cui l’eventuale loro mancanza è suscettibile di essere sanata con il soccorso istruttorio senza che possa configurarsi una causa di esclusione dalla gara, risultando ogni diversa previsione in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione. La società ricorrente sosteneva, inoltre, che i medesimi vizi che inficiano il provvedimento di esclusione nei suoi confronti si riflettono a titolo di illegittimità derivata anche sul provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della (...) S.p.a.

3. Con sentenza n. 57/2022 il TRGA di Trento ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

3.1. In particolare, il giudice di prime cure ha ritenuto che “*la regola dell’esclusione del concorrente, inequivocabilmente sancita in particolare dai citati paragrafi 7.3 e 20 (ma anche dal paragrafo 15.3.2. punto 18) della lex specialis di gara in caso di omissione della presentazione, oppure di non correttezza della campionatura, consegue in tutta evidenza alla funzione dei campioni rispetto alle valutazioni di competenza della stazione appaltante e, in tal senso, la relativa previsione risulta pertanto introdotta nella lex specialis medesima coerentemente e del tutto ragionevolmente e senza che emerga alcun profilo di sproporzione. In altri termini, la disponibilità della campionatura è un elemento di indispensabile supporto per la valutazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale e, a fortiori, dell’offerta tecnica, in quanto garantisce parità di condizioni nel giudizio comparativo tra gli offerenti, per cui dalla sua mancanza o irregolarità legittimamente il disciplinare di gara fa discendere l’esclusione dal procedimento di scelta del contraente*”.

3.2. Quanto all’asserita violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, e alla conseguente richiesta di declaratoria di nullità dei paragrafi 7.3 e 20 del disciplinare di gara, il giudice di prime

cure ha osservato che *“In questa situazione la campionatura costituisce un elemento essenziale, perché attiene ad aspetti intrinseci e qualitativi dell’offerta, tanto che la sua carenza non è integrabile a posteriori, né può essere oggetto del dovere di soccorso della stazione appaltante, ma determina l’incompletezza dell’offerta e, quindi, l’esclusione dalla gara”*. Il TAR ha poi considerato inapplicabile al caso di specie il soccorso istruttorio per rimediare alla irregolarità della campionatura presentata, in quanto tale istituto trova *“il proprio limite nell’impossibilità di modificare un elemento dell’offerta tecnica e dell’offerta economica, ovvero elementi essenziali ai fini della valutazione tecnica”*.

Del pari, il TRGA di Trento ha ritenuto inapplicabile l’alternativa, prospettata dalla ricorrente, del soccorso procedimentale, atteso che *“di nulla utilità sarebbero stati i chiarimenti e le spiegazioni circa l’offerta tecnica postulati dal soccorso procedimentale, atteso che la situazione in realtà avrebbe implicato non un mero chiarimento, bensì una vera e propria integrazione rispetto a quanto già presentato”*.

3.3. Per quanto concerne l’asserita violazione del principio di pubblicità per la mancata verifica della campionatura in seduta pubblica da parte della Commissione tecnica, il giudice di prime cure ha rilevato che *“in ogni caso un rappresentante di (...) ha partecipato alla seduta del seggio di gara in cui è stato dato conto delle motivazioni dell’esclusione e soprattutto che alla luce dell’art. 7, comma 5, della legge provinciale 23 marzo 2020, n. 2 “Lo svolgimento delle sedute pubbliche di gara non è obbligatorio in caso di procedure di gara svolte con sistemi elettronici”. Né, sempre a tale riguardo, va sottaciuto che la giurisprudenza ha riconosciuto che l’apertura dei plichi contenenti i campioni in sede non pubblica non costituisce circostanza idonea a inficiare tale fase di gara”*.

4. Avverso la suddetta sentenza, con il mezzo, qui in rilievo la società appellante ha articolato tre motivi di ricorso, tutti così rubricati: *“Error in iudicando – error in procedendo – violazione della lex specialis – violazione del d.lgs. 50/16 – eccesso di potere – irragionevolezza – carenza di motivazione – carenza di istruttoria – illogicità manifesta – contraddittorietà”*.

4.1. Segnatamente, la società appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui, senza distinguere la presentazione del campione dalla relativa misura, ha ritenuto che il campione presentato nella misura di cui alla voce c), in luogo di quello nella misura di cui alla voce b), non potesse essere valutato in quanto *“altro”* da quello

richiesto. Ad avviso della società, infatti, l'unico prodotto da lei offerto in gara (il "Curacel Standard"), avrebbe le medesime qualità tecniche e le medesime caratteristiche in ciascuna delle misure richieste dalla legge di gara, di guisa che l'errore commesso non genererebbe alcuna ricaduta sostanziale nelle attività di scrutinio. Né può essere revocato in dubbio il possesso da parte della società dell'emostatico in tutte le misure richieste dalla gara, compresa la misura di cui alla voce b); tale circostanza risulterebbe provata dalla documentazione prodotta in gara.

Il TRGA di Trento, inoltre, avrebbe errato nel ritenere che la clausola escludente prevista dalla *lex specialis* (paragrafi 7.3, 15.3.2 punto 18, e 20 del disciplinare) riguardasse la misura del campione, in quanto le previsioni del disciplinare di gara sanzionerebbero con l'esclusione la sola integrale assenza di campioni e/o la modalità di deposito degli stessi. La circostanza per cui ai fini della valutazione dei campioni venivano richieste solo due misure delle quattro previste dalla gara, poi, confermerebbe l'irrilevanza della misura ai fini della valutazione del prodotto.

4.2. Sotto diverso profilo, la società appellante censura la sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto irrilevante la mancata verifica del campione in seduta pubblica, rivelandosi inconferente la presenza di un proprio rappresentante nella seduta del 6 dicembre 2021 poiché durante tale seduta pubblica sarebbe stato solo comunicato l'esito delle sedute riservate tenute della Commissione tecnica. Parimenti, il richiamo alla norma provinciale (ex Covid-19) non rilevarebbe tenuto conto che la legge di gara è, comunque, antecedente a tale nuova prescrizione.

4.3. Infine, la società appellante sostiene l'illegittimità/nullità anche dell'aggiudicazione disposta in favore della (...) S.p.a., stante il rapporto di connessione e consequenzialità tra i provvedimenti gravati.

5. Resiste in giudizio l'Azienda Provinciale (...).

6. All'udienza camerale del 21 aprile 2022 la trattazione dell'istanza cautelare avanzata dall'appellante è stata abbinata al merito e all'odierna udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. L'appello è fondato e, pertanto, va accolto.

8. Preliminarmente, ai fini di una compiuta ricostruzione della *res iudicanda*, appare utile

ricostruire la cornice giuridica di riferimento che, alla stregua della legge di gara, governa la fattispecie controversa qui in rilievo.

8.1. Nella suddetta prospettiva, giova, anzitutto, richiamare il paragrafo 7 del disciplinare, rubricato “*requisiti speciali e mezzi di prova*”, che nella disposizione di esordio, al comma 1, prevede che “*I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti, in relazione a ciascun lotto*”. Di poi, al successivo paragrafo 7.3., riferito ai “*requisiti di capacità tecnica e professionale*”, soggiunge che “*il concorrente, a pena di esclusione, a propria cura e spese, per ciascun lotto per cui presenta offerta, deve presentare – a titolo gratuito – almeno n. due (2) confezioni originali (confezionamento secondario), contenenti la quantità minima di seguito indicata, per ciascuna voce di lotto,..... lotto 1 voce b) n. 30 pezzi voce d) n. 30 pezzi*”. La previsione in commento indica in dettaglio anche i requisiti che i campioni dovranno rispettare “*1) le confezioni oggetto di campionatura devono recare (mediante apposita etichetta) il numero del lotto per cui il campione viene presentato, nonché nome ed indirizzo dell’operatore economico proponente; 2) il campione presentato per la valutazione tecnica deve essere identico per caratteristiche tecniche, confezionamento ed etichettatura, senza difformità alcuna (eventualmente, ad eccezione, per quanto specificato in merito barcode/QRCode, di cui al punto 2.2.9 dell’Allegato B.0) “Caratteristiche tecniche dei dispositivi medici” al Capitolato Tecnico), al prodotto che - se aggiudicato - è oggetto di fornitura; 3) le confezioni offerte in campionatura devono appartenere a lotti di produzione diversi*”.

Il successivo paragrafo 15.3.2 “*Documentazione a corredo*”, al punto 18, soggiunge che “*Si ricorda l’obbligo - a pena di esclusione – di provvedere al deposito dei campioni richiesto nei termini di cui al precedente punto 7.3, lett. c)*”.

Ad ulteriore sviluppo della opzione organizzativa privilegiata dalla stazione appaltante, al successivo paragrafo 20, si prevede che “*La Commissione tecnica procede verificando i campioni ed accertando la capacità tecnica dell’offerente di fornire i beni oggetto del singolo lotto in gara. Laddove il campione prodotto non presenti le caratteristiche minime indicate nel “Capitolato speciale d’appalto – parte tecnica” (Allegati B e B.0) o non sia completo di ogni elemento previsto nel capitolato stesso l’offerente è escluso dalla gara. Il campione è inoltre utilizzato dalla Commissione quale elemento di supporto per la valutazione dell’offerta tecnica secondo i criteri di valutazione previsti dal documento recante i criteri di valutazione delle offerte (Allegati da C.1 a C.5 e Allegati da C.0.1. a C.0.5) con*

relativa tabella punteggi distinta per lotto. La Commissione tecnica quindi esamina i campioni, valuta le offerte tecniche dei concorrenti e fornisce ausilio al responsabile unico del procedimento nella valutazione della congruità delle offerte”.

Anche il capitolato, al punto 2.1., prevede che “*Per ciascun lotto, pena l’esclusione dalla gara ...dovranno essere presentati i campioni con le modalità specificate al paragrafo “Campionatura” del Disciplinare di gara”.*

8.2. La piana lettura delle richiamate disposizioni consente, dunque, di riscontrare la funzione ambivalente, correttamente valorizzata dal giudice di prime cure, assegnata alla campionatura nell’economia della disciplina di gara siccome funzionale sia alla verifica dei requisiti di capacità tecnica che ai fini della valutazione dell’offerta quanto alla presenza dei requisiti di minima previsti dal capitolato ovvero in vista dell’assegnazione dei punteggi previsti dai criteri premianti introdotti dalla legge di gara.

In tale ultima prospettiva, come cioè strumento per la valutazione delle offerte, il disciplinare prevede, infatti, che la commissione tecnica “*di apposite prove da effettuarsi sulla campionatura presentata contestualmente all’offerta”* (cfr. paragrafo 18.1.).

9. Orbene, così ricostruita la disciplina di gara, ritiene il Collegio che non abbia pregio la tesi attorea nella parte in cui mira a dequotare la rilevanza dei registrati profili di distonia tra uno dei campioni presentati e i requisiti all’uopo prescritti.

E, invero, contrariamente a quanto sul punto dedotto dall’appellante, nell’economia della sopra richiamata *lex specialis* i campioni da presentare per il lotto 1 risultano compiutamente individuati tramite il rinvio, oltre che ai quantitativi richiesti, anche alle corrispondenti voci b) e d), di guisa che per effetto del divisato rinvio *per relationem* uno dei profili identificativi essenziali va colto nella specifica misura richiesta.

A tal riguardo, giova infatti rammentare che il lotto n. 1 ha ad oggetto la fornitura di “*cellulosa ossidata assorbibile in forma di garza o patch*” suddivisa in 4 voci (a, b, c, d) caratterizzate dalle seguenti misure: a) cm 5x1,25; b) cm 5x7,5; c) cm 5x35; d) cm 10x20. Ne discende, pertanto, che l’aver offerto un campione di misura diversa da quella prevista integra una violazione delle richiamate disposizioni di gara.

Parimenti, alcun dubbio residua sulle conseguenze previste dalla legge di gara nel caso di mancata corrispondenza del campione offerto ai requisiti all’uopo fissati, risultando tale

inadempienza espressamente sanzionata con la misura espulsiva.

10. È sotto tale distinto profilo che il Collegio ritiene di non poter condividere l'approdo decisorio recepito nella sentenza appellata, nella parte cioè in cui ha validato, anche per i profili di contrasto qui in rilievo (*id est* la diversa misura di uno dei campioni offerti) le previsioni sopra richiamate, ritenendole compatibili con il disposto di cui all'articolo 83, comma 8, del d. lgs. n. 50/2016, escludendo per converso la predicabilità del soccorso istruttorio.

Giova muovere dal dato letterale dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, secondo cui *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

Tale disposizione vale a mitigare l'ampia discrezionalità di cui gode l'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (così, Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

Restano, al contempo, legittime le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali (Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, § 6.4; successivamente 16 ottobre 2020, n. 22), dal momento che il relativo potere conformativo della singola competizione non risulta escluso ma solo regolamentato (Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

Nel caso di specie, al fine di definire i limiti interni a tale potere, giova al contempo richiamare anche il disposto di cui all'articolo 83, comma 9, nella parte in cui prevede

che “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta 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. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

10.1. Orbene, muovendo da tali premesse deve rilevarsi che la campionatura, secondo la costante giurisprudenza di questa Sezione (15 marzo 2021, n. 2243; id. 5 maggio 2017, n. 2076), non costituisce un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell’offerta tecnica documentale, essendo destinata a 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.

Così declinata, la campionatura non vale a costituire una componente essenziale ed intrinseca dell’offerta, anche se resta ad essa strettamente connessa rivelandosi funzionale alla sua migliore valutazione qualitativa (Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1699; id. 5 luglio 2021 n. 5135; id. 20 agosto 2020, n. 5149). In altri termini, i campioni rivestono una funzione dimostrativa, assumendo lo scopo di consentire l’apprezzamento, dal vivo, dei prodotti presentati (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 11 agosto 2017, n. 3996; sez. III, 3 luglio 2017, n. 3246).

Si è coerentemente sostenuto, a tal riguardo, che “la campionatura non coincide con l’offerta tecnica, il cui contenuto è analiticamente indicato dal disciplinare di gara (mediante la previsione dell’obbligo di produrre la scheda-tipo informativa, la scheda tecnica ecc.), ma rappresenta concretamente (e non nella sua raffigurazione tecnico-descrittiva) il prodotto offerto, al fine di consentire l’esecuzione del test in laboratorio e di quello in uso.

Come affermato da questo Consiglio di Stato, infatti, “il campione non è 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. l), 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" (cfr. Sez. V, n. 371 del 30 gennaio 2017); "netta è dunque la distinzione, funzionale ancor prima che strutturale, tra la documentazione tecnica e la campionatura, sicché non può ritenersi corretto affermare che la campionatura sia parte integrante dell'offerta tecnica e, in quanto tale, debba essere aperta in seduta pubblica. Se essa ha infatti una funzione meramente esemplificativa delle caratteristiche dell'offerta, mirando a dimostrare le capacità tecniche della concorrente, e può, addirittura, essere integrata nel corso della gara, finché non sia oggetto di valutazione da parte della Commissione, non vi è alcuna esigenza di par condicio tra i concorrenti, né alcun interesse pubblico alla imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa che ne giustifichi l'apertura in seduta pubblica, con il ricorso ad operazioni materiali di apertura, aventi ad oggetto molti e ingombranti campioni, lunghe, complesse e finanche inutili, una volta che i campioni possano essere cambiati dalla concorrente, anche successivamente, per dimostrare la bontà della propria offerta tecnica, che è e resta nella sua essenza documentale, come pure si dirà tra breve, il parametro principale e imprescindibile al quale la stazione appaltante deve fare riferimento, pur essendo condizione necessaria, ma non sufficiente, nella gara in questione, per la congiunta necessità di depositare anche la campionatura" (cfr. Sez. III, n. 4190 del 8 settembre 2015).

Quanto poi alla mancanza di sufficienti garanzie in ordine alla corrispondenza dei campioni al prodotto offerto, deve ritenersi che si tratti di carenza meramente formale, in mancanza di concrete allegazioni atte a far dubitare della stessa, come già in precedenza evidenziato.

Infondata, infine, è la deduzione intesa a sostenere che la campionatura, una volta esclusa la sua immediata inerenza al contenuto dell'offerta tecnica, sarebbe finalizzata a dimostrare il possesso della capacità tecnica, con la conseguente indebita commistione tra la valutazione di quest'ultima e quella dell'offerta tecnica: deve invero osservarsi che la campionatura resta strettamente connessa all'offerta tecnica e funzionale alla sua migliore valutazione qualitativa, pur se non integrante una componente essenziale ed intrinseca di quest'ultima?" (Cons. St., Sez. III, 20 marzo 2019, n. 1853; id. 8 settembre 2015, n. 4190).

10.2. Quale diretto corollario della funzione dimostrativa della campionatura una parte

della giurisprudenza ha concluso nel senso che la clausola che imponga ai concorrenti, a pena di esclusione, la presentazione di una campionatura dei prodotti offerti, introduce una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dal codice dei contratti pubblici, in violazione del divieto stabilito al riguardo dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (CGARS, 20 luglio 2020, n. 634) e, come tale, deve dunque essere ritenuta nulla.

10.3. Orbene, così ricostruito il quadro giuridico di riferimento tale soluzione esegetica s'impone nello specifico caso qui in rilievo, in cui la campionatura richiesta assolve nell'economia della legge di gara ad una funzione descrittiva complementare e non sostitutiva della documentazione tecnica, riferibile peraltro solo a due dei prodotti oggetto di fornitura.

Tanto si desume anche dalle particolari modalità che, nella procedura selettiva in argomento, governano la campionatura, tenuto conto del fatto che venivano richiesti campioni solo con riferimento a due delle quattro misure del prodotto offerto, con la logica conseguenza che, se i campioni fossero realmente ed eccezionalmente parte integrante e consustanziali all'offerta tecnica, la stazione appaltante avrebbe ragionevolmente avuto bisogno di un riscontro per ognuna delle indicate misure, non potendo evidentemente lasciare una parte della fornitura priva di un requisito di prova ritenuto necessario ed indefettibile.

D'altro canto, alcuna giustificazione esplicita regge nell'economia della legge di gara tale scelta; nella ricostruzione difensiva dell'Amministrazione resistente si tratterebbe di una soluzione dettata da aspetti pratici legati alla necessità di non gravare oltremodo gli operatori economici, spiegazione evidentemente non compatibile, però, con il rilievo sostanziale e dirimente che, nei termini suddetti (riferiti cioè alla misura del campione offerto), si pretende poi assegnare alla campionatura.

Ne discende – sul piano sostanziale - una dequotazione del suindicato contributo dimostrativo che, pertanto, non può essere accreditato come veicolo unico e infungibile dei contenuti tecnici dell'offerta sì da far ritenere, nella misura qui imposta, non coerente con la disciplina di settore la sanzione dell'automatica espulsione e la preclusione opposta alla richiesta di soccorso istruttorio.

E, invero, non può essere qui obliato che le ragioni di difformità in contestazione esauriscono i propri effetti esclusivamente sul profilo della diversa misura di uno dei campioni comunque presentati (difformità qualificabile come vizio formale) riferibili pur sempre alla medesima tipologia di prodotto offerto.

Deve, in definitiva, ritenersi che l'errore in cui è incorsa la società appellante nella presentazione dei campioni di emostatico (produzione del campione nella misura di cui alla voce c) in luogo della misura di cui alla voce b)) ben avrebbe potuto essere sanato attraverso il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, senza che ciò concretasse un'illegittima forma di integrazione postuma dell'offerta tecnica, atteso che quest'ultima risulta *ab origine* completa nella sua essenza documentale, essendo, da un lato, incontestato il possesso da parte della società appellante dell'emostatico in tutte le misure richieste dalla gara, compresa la misura di cui alla voce b), e, dall'altro, acclarato che un campione aggiuntivo, ancorché di misura diversa, risulta comunque presentato di guisa che la regolarizzazione del suddetto (marginale) profilo involge, per tutto quanto fin qui evidenziato, un profilo estrinseco all'offerta e meramente formale.

Conclusivamente, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, s'impone l'annullamento degli atti impugnati in primo grado.

Le spese del doppio grado di giudizio per la novità in fatto e l'obiettiva controvertibilità della vicenda scrutinata possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della decisione appellata, accoglie il ricorso introduttivo del giudizio e annulla gli atti impugnati in prime cure.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere

L'ESTENSORE

Umberto Maiello

**IL
PRESIDENTE
Raffaele Greco**

IL SEGRETARIO