



## DELIBERA N. 590

19 dicembre 2023

### Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla DAMBO S.r.l. - Procedura aperta telematica, in unione di acquisto, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. 36/2023, per l'acquisizione di sistemi diagnostici e di test necessari all'attuazione del programma di screening per HCV da destinare alle Strutture Sanitarie della Regione Puglia, in ottemperanza al 'Piano operativo per l'eliminazione del virus HCV nella Regione Puglia', approvato con DGR n. 971 del 10/07/2023 - ASL Taranto capofila - Importo: euro: 3.111.300,00 € (IVA Esclusa) - S.A.: Azienda Sanitaria Locale Taranto.

**UPREC-PRE 802/2023/F/PREC**

### Riferimenti normativi

Art. 79 d.lgs. 36/2023

All. II.5 d.lgs. 36/2023

### Parole chiave

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Offerta tecnica – Difformità dalle prescrizioni del Capitolato – Conseguenze – Esclusione – Doverosità

### Massima

**Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Offerta tecnica – Difformità dalle prescrizioni del Capitolato – Conseguenze – Esclusione – Doverosità**

La difformità tra l'offerta e le prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la lex specialis non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 19 dicembre 2023

## DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 98832 del 7 novembre 2023, con cui la Soc. Dambo a r.l. ha contestato la sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto – lotto n. 1, disposta dalla Stazione appaltante per avere l'istante presentato un'offerta che non ottempera alle indicazioni contenute nel capitolato speciale di appalto;

VISTO, in particolare, il provvedimento del 13.10.2023, con cui l'ASL Taranto, in sede di offerta tecnica, ha comminato l'esclusione in quanto «*la documentazione tecnica presentata non ottempera ad una delle caratteristiche indispensabili richiesta con riferimento al requisito n. 8 del capitolato tecnico: "prodotto inserito nella lista del WHO List of prequalified in vitro diagnostic product\_ last update: 3 february 2023" come dichiarato dalla stessa ditta nell'allegato C1) al questionario raccolta dati*»;

VISTE le censure sviluppate avverso il citato provvedimento, secondo cui per la Dambo S.r.l. non ricorrerebbero i presupposti affinché possa parlarsi di violazione di un requisito previsto a pena di esclusione, stante il silenzio della lex specialis che non lo qualificerebbe come tale e in virtù della estrema peculiarità di siffatta specifica tecnica che sarebbe priva di qualsiasi valenza dimostrativa delle caratteristiche intrinseche del prodotto oggetto della fornitura;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 102515 del 17 novembre 2023;

VISTA la documentazione successivamente pervenuta dalla stazione appaltante in data 7.12.2023, con cui conferma documentalmente la esclusione comminata alla ditta istante, mediante i provvedimenti emanati il 13.10.2023 e il 8.11.2023, quest'ultimo non contestato dalla Dambo s.r.l.;

RILEVATO che, secondo quanto lamentato dall'istante nel caso di specie, la lex specialis di gara – segnatamente il CSA - prevedeva espressamente "a pena di esclusione" una serie di prescrizioni, immediatamente seguite dall'esplicita indicazione di una lista di "caratteristiche indispensabili" numerate da 1) a 18), tra cui al punto 8) che il prodotto fosse "inserito nella lista del WHO List of prequalified in vitro diagnostic product\_ last update: 3 february 2023";

RILEVATO, altresì, che nel c.d. "Allegato C1 Questionario raccolta dati Lotto 1" dove era indicato che tale documento fosse "da compilare a pena di esclusione in tutti i suoi campi", l'o.e. istante sbarrava alla voce "no" il campo "prodotto inserito nella lista del WHO List of prequalified in vitro diagnostic product\_ last update: 3 february 2023", senza peraltro fornire indicazioni ulteriori o alternative;

CONSIDERATO nel merito, che l'orientamento giurisprudenziale è costante nell'affermare che le difformità dell'offerta tecnica rivelatrici della inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (Tar Toscana, 14 novembre 2022, n. 1299 che richiama Cons. Stato Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804, 1 luglio 2015, n. 3275; Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, 23 settembre 2015, n. 4460, Sezione V, 5 maggio 2016, n. 1809). In tali ipotesi la giurisprudenza conferma la correttezza dell'esclusione disposta, rilevando che "la difformità tra offerta e prescrizioni del capitolato impone alla stazione appaltante di escludere l'offerente dalla procedura di gara, senza che rilevi la circostanza che la



*lex specialis non communi espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste (in tal senso, di recente, cfr. Cons. St., sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260, nel solco di un orientamento costante e consolidato). La riscontrata difformità dell'offerta tecnica non potrebbe essere corretta o emendata in sede di stipula del contratto, come obiettato dall'appellante, dovendosi applicare, nella fattispecie, il (pacifico) principio secondo cui il regolamento contrattuale da stipulare tra aggiudicatario e amministrazione appaltante deve rispecchiare fedelmente i contenuti dell'offerta aggiudicataria (e questa, come si è veduto, deve essere conforme alle caratteristiche indefettibili prescritte dalla legge di gara). Né sarebbe stato ammissibile, sul punto, il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, precluso quando si tratti di incidere sui contenuti dell'offerta tecnica." (Consiglio di Stato, 4 agosto 2022, n. 6840);*

RILEVATO allo stesso tempo che ai sensi dell'art. 79 del d.lgs 36/2023 e dell'ivi richiamato Allegato II.5, è previsto con riferimento alle specifiche tecniche che " ... le stazioni appaltanti non possono escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali, se vi ottemperano in modo equivalente, né perché non conformi alle specifiche tecniche, se si tratta di prestazioni conformi a una norma europea, a una omologazione tecnica europea, a una specifica tecnica comune, a una norma internazionale o a un sistema tecnico di riferimento adottato da un organismo europeo di normalizzazione che contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali prescritti. 8. L'offerente dimostra, nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 105 del codice, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti", nel caso di specie si osserva che l'o.e., almeno da quanto risulta *per tabulas*, non ha fornito alcun riscontro in tal senso nella propria offerta;

CONSIDERATO infine che, come più volte osservato dalla scrivente Autorità (*ex multis* delibere nn. 54 del 8.2.2023 e 441 del 26.9.2023) l'ordinamento riconosce alla stazione appaltante la discrezionalità nella definizione delle condizioni di gara, affinché sia possibile selezionare il contraente che con la propria offerta meglio risponde alle esigenze che l'amministrazione stessa persegue attraverso l'aggiudicazione del contratto, soddisfacendole e tale discrezionalità, come noto, non è sindacabile nel merito, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara, circostanze queste ultime che sembrano non difettare nel caso di specie;

CONSIDERATO inoltre – in maniera del tutto dirimente sulla vicenda – che, alla luce dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, seppur tardivamente rispetto alle plurime richieste della scrivente Autorità, è emerso che il provvedimento espulsivo non verteva soltanto sulla carenza del requisito n. 8), bensì, ai sensi della summenzionata nota del 8.11.2023 (definita "integrazione motivazioni esclusione"), era stata riscontrata dalla USL di Taranto anche la insufficienza di ulteriori requisiti indispensabili, rispettivamente indicati con il n. 3 (rilevazione di antigeni ricombinanti di HCV: core NS3, NS4, NS5), il n. 14 (fornitura in sconto merci di n. 2 controlli) e il n. 18 (letteratura scientifica nazionale ed internazionale con riferimento all'utilizzo del test offerto, pubblicata e rintracciabile sul motore di ricerca PUBMED);

RILEVATO infine che con riferimento al predetto atto confermativo della esclusione datato 8.11.2023, non sono pervenute precipue censure da parte dell'istante in termini utili ai sensi dell'art. 7 co. 1, lett. d) del vigente Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220 del d.lgs 36/2023;



RITENUTO che, alla luce dei principi sopra richiamati e delle valutazioni fornite dalla USL di Taranto, risulta corretta l'esclusione dell'istante dalla procedura di gara in oggetto, risultando l'offerta tecnica presentata non sufficientemente dotata di un complesso di caratteristiche definite indispensabili nella lex specialis;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che l'esclusione dell'istante dalla procedura di gara in oggetto risulta correttamente disposta, avendo questi presentato un'offerta che non rispetta i requisiti minimi imposti dal Capitolato speciale d'appalto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 dicembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente