

Le prescrizioni della lex specialis sono intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo l'esercizio del potere di autotutela

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 13-3-2017

1. *L'omessa pubblicazione del provvedimento di ammissione ad una gara nel profilo del committente preclude l'esperibilità dello speciale rimedio di cui all'art. 120, n. 2-bis D.lgs. n. 104/2010, restando salva la possibilità di far valere i vizi inerenti la partecipazione alla gara degli altri concorrenti e l'illegittimità derivata dei successivi atti posti in essere dalla stazione appaltante.*

2. *Una volta perfezionatasi l'aggiudicazione è preclusa l'applicazione del c.d. "rito superspeciale" di cui al n. 6-bis del c.p.a., venendo meno nel caso lo scopo di tale disposizione, ovvero la compiuta definizione della platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione.*

3. *Le prescrizioni stabilite nella lex specialis vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela.*

4. *Il soccorso istruttorio non consente, pena la violazione della basilare regola della parità di trattamento tra i concorrenti, la facoltà di richiedere atti avulsi dalle previsioni della disciplina di riferimento ovvero l'introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.*

GUIDA ALLA LETTURA

Giunge alla decisione della I sezione del Tar Basilicata un ricorso presentato contro il provvedimento di aggiudicazione di una fornitura di materiale per apparecchiature mediche in dotazione ad una azienda ospedaliera.

Motivo di contestazione è la mancata prova, da parte dell'impresa aggiudicataria, della compatibilità del prodotto offerto con le predette apparecchiature, prova che nella specie si imponeva atteso che il materiale oggetto dell'offerta non recava i prescritti requisiti di originalità.

In particolare, il disciplinare di gara individuava, nell'ambito della "documentazione tecnica da produrre **a pena di esclusione**", il fascicolo attestante "la compatibilità con l'apparecchiatura indicata" nel disciplinare medesimo, ciò nel caso in cui il materiale non fosse "originale ma compatibile".

La stazione appaltante aveva giustificato l'ammissione alla procedura della controinteressata in ragione della dichiarazione di equivalenza, da questa resa, e della manifestata disponibilità a dimostrare mediante "test in situ" l'efficacia dei prodotti offerti.

La questione di diritto che la Sezione è chiamata ad affrontare nella pronuncia in rassegna riguarda il contemperamento fra il principio del **favor participationis** sotteso alla **clausola di equivalenza** di cui all'art. 68 del D.lgs. 50/2016, secondo cui l'offerente può provare che le soluzioni da lui proposte ottemperano (in maniera equivalente) ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche ricorrendo a **qualsiasi mezzo appropriato, compresa, almeno nell'accezione più ampia della clausola in parola, una mera dichiarazione di conformità rilasciata ai sensi del D.P.R. 445/2000**[\[1\]](#)[\[2\]](#), con l'esigenza di garanzia della **par condicio competitorum** che è, invece, alla base del **divieto di disapplicazione della lex specialis di gara**.

Nella specie la stazione appaltante aveva appunto disapplicato le prescrizioni del disciplinare e del capitolato speciale con le quali, restringendo il perimetro applicativo della detta clausola di equivalenza, si era addossato sui concorrenti l'onere di dimostrare la compatibilità del prodotto offerto mediante la produzione di uno specifico documento tecnico.

Al riguardo è utile ricordare che, per opinione consolidata in giurisprudenza, **l'Amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto del bando che costituisce lex specialis della procedura medesima le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela**[\[3\]](#). In altri termini, la stazione appaltante non conserva alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento *ex officio* del bando[\[4\]](#).

Nell'applicazione dei delineati principi la Sezione ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.

In *limine litis* il Collegio scruta gli aspetti relativi alla preliminare ammissibilità del gravame e

al rito applicabile al giudizio che ne è scaturito.

Sotto il primo profilo, incentrandosi il ricorso su censure relative all'ammissione della controinteressata alla gara, viene in considerazione il combinato disposto di cui all'art. 29, comma 1, del Codice e all'art. 120, n. 2-*bis* D.lgs. n. 104/2010, secondo cui **gli atti che determinano le ammissioni alla procedura di affidamento, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, vanno impugnati nei trenta giorni successivi alla loro pubblicazione nel profilo del committente della stazione appaltante, pena la preclusione della facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento.**

Nel caso di specie, tuttavia, l'omessa pubblicazione del provvedimento di ammissione nel profilo del committente ha precluso alla ricorrente l'esperibilità dello speciale rimedio di cui ai menzionati articoli, lasciando quindi impregiudicata la possibilità di far valere i vizi inerenti la partecipazione alla gara degli altri concorrenti e l'illegittimità derivata dei successivi atti posti in essere dalla stazione appaltante (nella specie l'aggiudicazione definitiva dell'appalto). Il ricorso risulta, conseguentemente, ammissibile.

Quanto al procedimento applicabile al giudizio, il Collegio ritiene che nella specie non operi il c.d. "*rito superspeciale*" di cui al n. 6-*bis* del codice sul processo amministrativo "*in quanto, una volta perfezionatasi l'aggiudicazione, è venuto meno lo scopo di tale disposizione, ovvero sia la compiuta definizione della platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione*"[\[5\]](#).

Nel merito, il ricorso trova fondamento sul principale rilievo dell'**accertata violazione della *lex specialis di gara*** da parte della stazione appaltante che ha deciso di ammettere l'impresa, poi risultata aggiudicataria, pur non avendo questa ottemperato ai prescritti oneri probatori, per aver omesso di allegare il fascicolo tecnico attestante la compatibilità dei prodotti offerti con le apparecchiature aziendali.

Sul punto il Collegio ritiene dover aderire al richiamato orientamento giurisprudenziale che sancisce l'**imperatività del divieto di disapplicazione delle prescrizioni contenute nella disciplina di gara.**

Sotto altro profilo viene, altresì, in rilievo la circostanza che **la suddetta carenza documentale non è stata colmata in sede di soccorso istruttorio.** Nell'occasione la stazione appaltante ha, infatti, richiesto la produzione di altri e differenti atti[\[6\]](#), non previsti dalla legge di gara, travalicando in tal modo i confini tracciati dall'art. 83, comma 9 del Codice che prevede la possibilità di sanare "*qualsiasi elemento formale della domanda..... in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento*

di gara unico europeo ..., con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica".

Il soccorso istruttorio non consente, quindi, pena la violazione della basilare regola della parità di trattamento tra i concorrenti, la facoltà di richiedere atti avulsi dalle previsioni della disciplina di riferimento ovvero l'introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, quali *test* in laboratorio a comprova dell'idoneità ed equivalenza dei prodotti offerti dalla controinteressata.

Nè il ricorso a tale istituto consente di porre rimedio a mancanze ed irregolarità afferenti "all'offerta tecnica ed economica".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 455 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Olympus Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Perani, Pietro Ferrario e Daniela Brienza del Foro di Potenza, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Potenza, alla via del Popolo, n. 6;

contro

- Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Carlomagno, con domicilio eletto presso la sede dell'Ente, in Potenza, alla via Potito Petrone;

nei confronti di

- Giochemica s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

quanto al ricorso introduttivo

- della deliberazione del Direttore Generale n. 2016/00433 del 24 agosto 2016, comunicata in

data 31 agosto 2016, e dei relativi allegati e graduatoria, inerente l'aggiudicazione in favore della controinteressata della «fornitura di materiale di consumo da utilizzare con lavadisinfettatrici ETD 3 Basic Olympus in dotazione all'U.00. Endoscopia Digestiva» (CIG 671455848C; RDO n. 1236970);

- di tutti i verbali di gara e relativi allegati, incluse le note protocollo aziendale n. 20160021462 del 23 giugno 2016 e n. 20160026597 del 9 agosto 2016, nei limiti di cui ai motivi del ricorso;

- del disciplinare di gara, del capitolato speciale e del capitolato tecnico nei limiti di cui ai motivi del ricorso;

- dei chiarimenti/precisazioni resi dall'Ente nei limiti di cui ai motivi che seguono;

- di ogni altro provvedimento e/o atto presupposto, connesso e conseguente, inclusa la comunicazione prot. n. 20160030575 del 23 settembre 2016;

- nonché, per il risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in via gradata, per equivalente;

quanto ai motivi aggiunti

- deliberazione A.O.R. n. 2016/0568 del 26 ottobre 2016, comunicata il 27 ottobre 2016.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione dell'Azienda Ospedaliera intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, n. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2017, il referendario Benedetto Nappi;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto spedito per la notificazione in data 30 settembre 2016, depositato il successivo 6 di ottobre, la Olympus Italia s.r.l. è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione in favore della controinteressata Giochemica s.r.l. della «fornitura di materiale di consumo da utilizzare con lavadisinfettatrici ETD 3 Basic Olympus in dotazione all'U.00. Endoscopia Digestiva» dell'Azienda ospedaliera regionale San Carlo di Potenza.

1.1. In punto di fatto, dagli atti di causa si rileva quanto segue:

- l'Azienda ospedaliera intimata, con provvedimento direttoriale n. 298 del 6 giugno 2016, ha indetto la procedura comparativa in questione, tramite ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione - MEPA, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, e ha approvato la relativa disciplina di gara;
- sono pervenute le sole offerte della società ricorrente e di quella controinteressata;
- a seguito di relazioni del competente Servizio aziendale, con note del 23 giugno e del 9 agosto 2016, entrambe le offerenti sono state ammesse alla procedura;
- il prezzo più basso, pari ad € 20.581,50, i.v.a. esclusa, è stato offerto dalla società controinteressata, cui la procedura è stata conseguentemente aggiudicata con l'impugnato provvedimento n. 433 del 2016, sebbene «con riserva, vincolata al superamento del programma di verifiche proposto (Type test ISO 15883-1/4)»;
- con comunicazione del 9 settembre 2016, la ricorrente ha contestato la legittimità dell'aggiudicazione, chiedendone l'annullamento in autotutela; tale istanza è rimasta, tuttavia, senza riscontro, costringendo la Olympus Italia s.r.l. a promuovere il presente ricorso.

1.2. In diritto, la ricorrente ha dedotto la violazione di legge (*lex specialis*; artt. 32, 68 e 83 d.lgs. n. 50 del 2016; artt. 32 e 97 Cost.; direttiva n. 93/42 CEE; d.lgs. n. 46 del 1997; regolamento CE n. 1907/2006), la violazione dei principi di *par conditio*, correttezza e trasparenza, l'eccesso di potere (travisamento dei presupposti di fatto e di diritto).

2. Si è costituita in giudizio l'Azienda intimata, concludendo per il rigetto del ricorso per sua infondatezza.

3. Con successivo atto affidato alla notifica il 4 novembre 2016, depositato il successivo 11 di novembre, parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti avverso il sopravvenuto provvedimento direttoriale n. 568 del 2016 e dei relativi allegati, di aggiudicazione definitiva alla controinteressata della gara.

4. Alla camera di consiglio svoltasi il 23 novembre 2016, l'incidentale istanza cautelare è stata accolta ed è stato, nel contempo, disposto un incombente istruttorio in capo a parte resistente.

5. In data 7 dicembre 2016 l'Azienda intimata ha ottemperato a quanto innanzi.

6. Alla pubblica udienza svoltasi in data 8 febbraio 2017, previo deposito di memorie e repliche, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. *In limine litis*, il Collegio osserva che il presente ricorso muove censure avverso l'ammissione della controinteressata alla procedura di gara. Si tratta, quindi, di una questione

astrattamente sussumibile nell'alveo dell'art. 120, n. 2-*bis* cod. proc. amm., introdotto dall'art.204 d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui gli atti che determinano le ammissioni alla procedura di affidamento, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, vanno impugnati nei trenta giorni successivi alla loro pubblicazione nel profilo del committente della stazione appaltante, pena la preclusione della facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento.

1.1. Nel caso di specie, tuttavia, agli atti di causa non risulta che la predetta pubblicazione sia intervenuta, né parte resistente ha allegato tale circostanza. Si deve quindi ritenere che il primo atto che dà contezza della decisione della stazione appaltante di ammettere alla gara la società controinteressata sia costituito dal provvedimento di aggiudicazione con riserva n. 433 del 24 agosto 2016, impugnato col ricorso introduttivo. Ebbene, l'omessa pubblicazione del provvedimento di ammissione nel profilo del committente ha precluso alla ricorrente l'esperibilità dello speciale rimedio di cui al n. 2-*bis* dell'art. 120 cod. proc. amm., risultando, quindi, il ricorso ammissibile.

1.1.1. Né può ritenersi che l'atto introduttivo del giudizio, contestando l'ammissione alla procedura dell'affidataria, fosse assoggettato al c.d. "rito superspeciale" di cui al n. 6-*bis* del ripetuto codice, in quanto, una volta perfezionatasi l'aggiudicazione, è venuto meno lo scopo di tale disposizione, ovverosia la compiuta definizione della platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (Cons. Stato, par. 1 aprile 2016, n. 855/2016).

2. Nel merito, il ricorso è fondato in parte, alla stregua della motivazione che segue.

2.1. Si è in primo luogo dedotta la violazione dell'art. 5 del disciplinare, in quanto l'aggiudicataria non avrebbe prodotto, nella documentazione tecnica, il fascicolo tecnico attestante la compatibilità dei prodotti offerti con l'apparecchiatura indicata, nel caso in cui il materiale di consumo offerto non sia originale, ma compatibile con le apparecchiature aziendali.

2.1.1. La censura coglie nel segno. Il capo 5 del disciplinare di gara contempla, nell'ambito della «documentazione tecnica da produrre a pena di esclusione», tra l'altro, il «fascicolo tecnico, che attesti la compatibilità con l'apparecchiatura indicata, nel caso in cui il materiale di consumo offerto non sia originale ma compatibile». A sua volta, il capitolato tecnico conferma che «il suindicato materiale deve essere utilizzato con lavadisinfettatrice modello—ETD 3 Basic Olympus. Pertanto, si chiede l'originalità dei prodotti ovvero la loro compatibilità con l'apparecchiatura indicata, presentando in tal caso idonea documentazione, nello specifico il fascicolo tecnico».

2.1.2. Nel caso di specie, risulta pianamente dagli atti di gara che l'impresa risultata affidataria non abbia prodotto tale documentazione. Di ciò, infatti, si dà atto nella relazione tecnica del 23 giugno 2016, redatta dal Servizio ingegneria clinica dell'Azienda resistente, ove si legge, appunto, che: «la ditta Giochemica non ha fornito il fascicolo tecnico richiesto in caso di prodotti non originali». Del resto, anche il provvedimento n. 433 del 2016 richiama le «note

protocollo aziendale n. 20160021462 del 23 giugno 2016 e n. 20160026597 del 9 agosto 2016», motivando l'ammissione della stessa Geochimica s.r.l. proprio con riguardo ai relativi contenuti. A fronte di ciò, soltanto nella memoria difensiva depositata in data 20 gennaio 2017 l'Ente intimato ha sostenuto che «La Giochemica s.r.l. unipersonale ha prodotto la documentazione richiesta, comprensiva del fascicolo tecnico, come emerge dal riepilogo esame offerte rdo 1236970» salvo poi precisare, di seguito, che «Il Servizio di ingegneria clinica, relativamente alla verifica delle schede tecniche, ha comunicato all'U.O. provveditorato economato, con nota prot. 20160021462 del 23 giugno 2016, che la Giochemica s.r.l. unipersonale non ha fornito il fascicolo tecnico richiesto in caso di prodotti non originali». Dal quadro testé delineato, ritiene il Collegio che trovi conferma la mancata produzione del fascicolo in questione, sanzionata espressamente con l'esclusione dalla legge di gara.

2.1.3. La stazione appaltante, riprendendo i contenuti di una seconda relazione redatta dal predetto servizio in data 9 agosto 2016, ha sostenuto che in presenza di dichiarazione di equivalenza e di disponibilità dell'operatore economico a dimostrare mediante “*test in situ*” l'efficacia dei prodotti, la stazione appaltante sarebbe legittimata ad ammettere l'operatore medesimo alla procedura di gara, richiamando quanto affermato in proposito da un arresto del giudice amministrativo in analoga questione (T.A.R. Sicilia, sez. I, 1 febbraio 2016, n. 397).

2.1.4. Ritiene in senso contrario il Collegio di dare continuità al diffuso orientamento secondo cui

in sede di gara 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*, salvo l'esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2201). In altri termini, le prescrizioni stabilite nella *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela” (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7217; *id.* 22 marzo 2010, n. 1652).

2.1.5. A ben vedere, inoltre, l'Azienda intimata, come pure lamentato nel primo motivo del ricorso introduttivo, pur avendo dato corso al soccorso istruttorio, decisione della cui legittimità si tratterà in prosieguo, neppure ha disposto l'acquisizione della documentazione risultata carente, ovvero sia il ripetuto fascicolo aziendale, ma ha richiesto la produzione di altri e differenti atti, non previsti dalla legge di gara, ovvero sia ulteriori schede tecniche «per essere certi che l'uso dei prodotti proposti non infici il ciclo di disinfezione (con possibili danni a pazienti), non provochi lesioni agli operatori e/o danneggi strumenti endoscopici e la lavadisinfettatrice stessa», nonché una «attestazione circa la sicurezza e l'effetto a lungo termine dei processi chimici in relazione allo strumento di lavaggio utilizzato ed alle ottiche flessibili da disinfettare (per evitare che dispositivi medici stessi possano deteriorarsi)». L'Ente resistente ha così travalicato i contenuti del soccorso istruttorio che, secondo quanto stabilito

dal n. 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, concernono le carenze di elementi formali della domanda o la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo. In effetti, mentre tramite l'istituto di cui è cenno è possibile colmare lacune documentali contemplata dalla legge di gara, va esclusa, pena la violazione della basilare regola della parità di trattamento tra i concorrenti, la facoltà di richiedere atti avulsi dalle previsioni della disciplina di riferimento, nonché di consentire l'introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, quali *test* in laboratorio a comprova dell'idoneità ed equivalenza dei prodotti offerti dalla controinteressata, da svolgere successivamente all'aggiudicazione. Del resto, è la stessa giurisprudenza citata da parte resistente nella memoria del 20 gennaio 2017 (T.A.R. Campania, sez. VIII, 30 settembre 2011, n. 4585) a precisare come, per un verso, «ciò che alla stazione appaltante resta sicuramente precluso è sopperire con il c.d. "potere di soccorso" alla totale mancanza di un atto prescritto dalla *lex specialis*» e, per altro verso, nel caso ivi esaminato si trattasse meramente di acquisire una pagina di una visura camerale già versata in atti di gara.

2.1.6. Peraltro, il codice dei contratti, all'art. 83, n. 9, preclude espressamente il ricorso al soccorso istruttorio in caso di mancanze ed irregolarità afferenti "all'offerta tecnica ed economica", sicché anche per tale versante l'operato di parte resistente si profila illegittimo.

3. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento dell'azione impugnatoria spiegata col ricorso introduttivo e coi motivi aggiunti, con assorbimento di ogni ulteriore censura e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati.

3.1. Non vi è luogo a disporre in ordine alla richiesta declaratoria di inefficacia del contratto, non risultando dagli atti e dalle deduzioni delle parti che esso sia stato stipulato, né in ordine all'istanza risarcitaria, risultando l'interesse sostanziale di parte ricorrente integralmente soddisfatto per effetto della aggiudicazione in suo favore dell'appalto in questione, conseguente all'annullamento di quella disposta a favore dell'impresa controinteressata, previo accertamento della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge di gara.

4. Sussistono i presupposti di rito, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, per come in epigrafe proposti, li accoglie in parte, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario, Estensore

[1] Sulla idoneità della mera dichiarazione di equivalenza a fungere da mezzo di prova della “conformità” del prodotto offerto cfr. T.A.R. Sicilia sez. I, sentenza n. 397 del 01.02.2016: *“la produzione di una dichiarazione impegnativa ai sensi e per gli effetti del D.P.R. 445/2000 è, ai fini di gara e dal punto di vista dell’Amministrazione, equivalente alla produzione di documentazione del terzo produttore, pure costituente un atto privato con natura di dichiarazione di scienza, oltretutto non presidiato dalle sanzioni previste dal menzionato D.P.R.”.*

[2] *“Non può essere escluso l’operatore economico interessato a partecipare alla gara il quale dimostri che il prodotto o il servizio da lui offerto ha le medesime prestazioni e perviene ai medesimi risultati pretesi dalla amministrazione aggiudicatrice. Il principio, ha la funzione di garantire e promuovere la maggior apertura concorrenziale tanto nell’ambito del singolo procedimento di affidamento (il che si collega col tradizionale principio del favor participationis nelle gare pubbliche), quanto nel generale mercato degli appalti pubblici.”* - Tar Sardegna - Cagliari sez. I, sentenza n. 197 del 17.02.2009

[3] Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, sentenza n. 215 del 21.01.2015. Cfr anche, fra le più recenti, Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 1173 del 22.03.2016: *“nelle procedure concorsuali la lex specialis non può essere disapplicata nel corso del procedimento, perché le clausole del bando e le sue prescrizioni hanno effetto vincolante anche per l’Amministrazione predisponente, di modo che le stesse non possono essere disapplicate e/o eluse né dal giudice, né dalla Pubblica amministrazione, e ciò anche nell’ipotesi che risultino in contrasto con le previsioni dell’ordinamento giuridico vigente, anche comunitario, salvo naturalmente l’esercizio del potere di autotutela”.* Cfr ancora Consiglio di Stato sez. III, sentenza n. 74 del 13.01.2016: *“in sede di gara pubblica la Pubblica amministrazione non può, mediante chiarimenti autointerpretativi, modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della lex specialis della stessa atteso che i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un’operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l’attività interpretativa, si giunge ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una*

portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.”

[4] Cfr. Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 7217 del 30 settembre 2010; *id.* 22 marzo 2010, n. 1652

[5] Cfr. Consiglio di Stato, parere 1 aprile 2016, n. 855/2016.

[6] Nello specifico, *ulteriori schede tecniche «per essere certi che l'uso dei prodotti proposti non infici il ciclo di disinfezione (con possibili danni a pazienti), non provochi lesioni agli operatori e/o danneggi strumenti endoscopici e la lavadisinfettatrice stessa», nonché una «attestazione circa la sicurezza e l'effetto a lungo termine dei processi chimici in relazione allo strumento di lavaggio utilizzato ed alle ottiche flessibili da disinfettare (per evitare che dispositivi medici stessi possano deteriorarsi)».*