

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 821 del 2017, proposto dalla Tec Med Marche S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Mastri (C.F. MSTNTN41P18I251L), Andrea Del Vecchio (C.F. DLVNDNR65H24H501D), con domicilio eletto presso Andrea Del Vecchio in Roma, viale Giulio Cesare, 71;

contro

Azienda Sanitaria Locale N. 1 Abruzzo, in persona del direttore generale p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Pierluigi Daniele (C.F. DNLPLG50M02A345F), domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro N. 13;

nei confronti di

Aarsmed S.r.l., Fimas S.r.l., Opto Medica Oftalmologia S.r.l., Optariston Oftalmologia S.r.l., Espansione Marketing Spa, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Abruzzo - L'Aquila - Sezione I, n. 17/2017, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso dell'istante (Rg n. 657/15) avverso il provvedimento dell'Azienda Sanitaria 23.11.15, di esclusione dalla procedura ristretta accelerata per mezzo di offerta scritta, per la fornitura di "materiale di consumo per oculistica", ed i successivi motivi aggiunti, diretti all'annullamento della deliberazione del Direttore Generale n. 725 del 13.6.16, di aggiudicazione definitiva dell'appalto dei singoli lotti e degli atti connessi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale N. 1 Abruzzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Andrea Del Vecchio e Pierluigi Daniele;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Tec Med Marche Srl ha impugnato dinanzi al Tar Abruzzo, il provvedimento del 23.11.2015 con cui la Asl 1 Avezzano-Sulmona-L'Aquila gli ha comunicato l'esclusione dalla procedura ristretta avente ad oggetto la fornitura di materiale di consumo per oculistica per tre anni, rinnovabili.

Esclusione, segnatamente disposta in relazione ai seguenti lotti 2-9-19-23-29-30-33-34-37bis-41-44, a cagione della formulazione di un'offerta superiore all'importo a base di gara.

Il Tar ha respingeva il ricorso con la sentenza in epigrafe indicata.

La Tec Med Marche Srl ha proposto appello.

Nel giudizio si è costituita l'ASL n. 1 ed ha chiesto la reiezione del gravame.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 4 maggio 2017.

DIRITTO

1. Il contenzioso oggetto dell'odierno esame concerne una gara bandita dall'Asl 1 Avezzano-Sulmona-L'Aquila per la fornitura di materiale di consumo per oculistica per tre anni, rinnovabili, suddivisa in 47 lotti, con previsione di aggiudicazione per singolo lotto. La Tec Med ha formulato un'offerta per 25 lotti, risultando ammessa a dieci di questi e conseguendo aggiudicazioni finali per i lotti 5, 10 e 20.

E' stata invece esclusa dai lotti 2-9-19-23-29-30-33-34-37bis-41-44 per avere formulato un'offerta superiore all'importo di base, E' stata inoltre esclusa dal lotto 32 per inidoneità dell'offerta tecnica.

Sui lotti 25 e 42, risultati "infruttuosi", la Stazione appaltante ha deciso di non procedere ad aggiudicazione.

2. Con il ricorso introduttivo dinanzi al Tar, la Tec Med ha formulato censure vertenti: sulla mancata previsione, in seno al bando, di una clausola che prevedesse l'esclusione per le offerte in aumento; sulla generale ammissibilità, a termini della vigente legislazione, di offerte in aumento, quando il criterio sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; sulla mancata attivazione del potere di soccorso; sulla violazione del principio di concentrazione delle operazioni; sulla mancata indicazione dei dati sui quali poggia l'esclusione dal lotto 32; sul carattere arbitrario dell'esclusione per i lotti 25 e 42.

3. Il Tar ha respinto il ricorso, affermando che:

- *"l'esclusione disposta per la ragione appena indicata non violi il principio di tassatività posto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006: il combinato disposto degli artt. 82 e 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 283, comma 3, del Dpr n. 207 del 2010, infatti, conduce a ritenere che sia normativamente previsto il divieto di offerte in aumento. Il principio relativo alla necessità che le offerte economiche siano pari o inferiori all'importo posto a base d'asta, con conseguente inammissibilità delle offerte in aumento risponde alla ratio, da un lato, di evitare che la pubblica Amministrazione venga esposta ad un maggior aggravio economico (rispetto a quanto preventivato) a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, dall'altro, di garantire la parità di trattamento tra gli operatori, in coerenza con i generali principi interni e comunitari in materia di appalti. Le valutazioni ora espresse hanno trovato coerente riscontro nelle determinazioni dell'AVCP (oggi ANAC), pur se prive, ovviamente, di valore vincolante".*

- La regola sulla concentrazione delle operazioni di gara, essendo solo tendenziale, "è suscettibile di deroga a fronte di situazioni particolari che impediscano di compiere tutte le operazioni in una sola o in poche sedute ravvicinate".

- Le rimanenti censure sono apodittiche e generiche "non specificando il ricorso in cosa sarebbe stata modificata la lettera di invito e le ragioni della conformità dell'offerta alle specifiche tecniche richieste".

4. Secondo l'appellante la sentenza sarebbe erronea sotto plurimi profili.

4.1. Il giudice di prime cure non avrebbe considerato che il bando recava l'indicazione di un "importo presunto" della fornitura, nozione quest'ultima non equivalente a quella di "prezzo a base d'asta". In proposito – rileva l'appellante – il principio di tassatività delle cause di esclusione è di strettissima interpretazione e da ciò discende che le prescrizioni del bando, previste a pena di esclusione, che

siano oscure o non chiare, debbano essere interpretate nel modo meno restrittivo, e prevedere sempre, in caso di errore, il soccorso istruttorio.

4.2. Il giudice di prime cure avrebbe in ogni caso violato il disposto dell'art.83 del dlgs 163/2006, che non prevede alcun divieto di offerte in aumento. Del resto - poichè la scelta del criterio di selezione, tra l'offerta economicamente più vantaggiosa e l'offerta del solo prezzo, è ampiamente discrezionale, e la struttura del primo criterio comporta la comparazione delle offerte secondo il profilo tecnico-qualitativo e quello quantitativo, con preponderanza del primo – diversamente ragionando, secondo l'appellante, il prezzo assumerebbe rilievo così assorbente da divenire preclusivo.

4.3. Sarebbe altresì errato l'assunto del Tribunale nella parte in cui nega la violazione del principio di concentrazione delle operazioni di gara. Per converso, tra le due sedute della commissione di gara sarebbe intercorso un intervallo temporale abnorme (4 mesi) senza plausibili giustificazioni.

4.4. Il Tribunale avrebbe altresì omesso di decidere sull'esclusione dell'offerta dell'appellante per il lotto 25, così violando l'art.112 c.p.c.. Sul punto, la Commissione si sarebbe sostituita all'amministrazione nel decidere se procedere o meno all'aggiudicazione, nè per tale lotto sarebbe potuto esservi lesione della par condicio, essendo l'offerta dell'appellante conforme al bando (in proposito il riferimento ad un presunto "processo produttivo riconducibile ad un fornitore specifico" sarebbe affermazione unilaterale e apodittica).

4.5. Avrebbe, da ultimo, errato il Tribunale anche laddove ha affermato che le censure in ordine all'esclusione delle offerte per i lotti 32 e 42 erano apodittiche, attesa l'evidente conformità dell'offerta alle specifiche tecniche del bando.

5. Ritiene il Collegio che l'appello non è fondato.

5.1. Il riferimento all'importo, nell'ambito di una gara da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, seppur fatto con formule vaghe e sibilline, non può che avere il senso di individuare il costo massimo della fornitura, calcolato al lordo dei risparmi derivanti dai ribassi offerti, ossia il prezzo a base d'asta, essendo in via generale preclusa, dall'ordinamento, la possibilità di formulare offerte in aumento.

5.2. Oltre che richiamare, in proposito, il combinato disposto degli artt. 82 e 83 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 283, comma 3, del D.P.R. n. 207 del 2010, giusto quanto già chiarito dal primo giudice, è sufficiente osservare in proposito che l'indicazione di un prezzo massimo e le indagini di mercato che ne costituiscono la base, servono ad evitare, nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che la qualità offerta dall'operatore economico possa divenire fattore così assorbente e prioritario da giustificare, ed anzi imporre, all'amministrazione, un incremento dell'impegno finanziario previsto. Il punto di equilibrio tra qualità prezzo, fulcro del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come disciplinata dal vecchio codice, necessita sempre, coerentemente alla *ratio* della pubblica gara, che l'amministrazione predeterminazioni il livello massimo di prezzo ed il livello minimo di qualità.

5.3. E' chiaro che ove il livello minimo di qualità non sia raggiungibile al prezzo massimo fissato dall'amministrazione, e ciò risulti dimostrato dalla mancata partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, può porsi un problema di correttezza, attendibilità ed attualità dell'indagine di mercato propedeutica, che ben può giustificare una modifica del bando con innalzamento dell'importo a base d'asta, ma non certo giungere a giustificare, in costanza di gara, una deroga al divieto di offerte in aumento.

Il motivo dev'essere dunque respinto.

6. Per i rimanenti motivi il collegio condivide pienamente quanto già argomentato dal giudice di prime cure.

6.1. In ordine all'asserita violazione del principio di concentrazione giova richiamare l'orientamento della Sezione che ha ben chiarito che "In materia di appalti pubblici il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara è un principio solo tendenziale, derogabile in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale

indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti ecc. che giustificano il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate” (Cons. Stato Sez. III, 10-09-2014, n. 4605), derogabilità cui fa da sponda, ovviamente, la garanzia di conservazione dei plichi (da ultimo, Cons. Stato Sez. V, Sent., 23/01/2017, n. 259).

6.2. Nel caso di specie il tempo trascorso non appare, avuto riguardo alle concrete circostanze di gara, qualificabile come “abnorme”, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, e comunque esso non è rilevante atteso che non è affatto contestata la corretta conservazione dei plichi nell'intervallo temporale considerato.

7. Quanto al resto delle censure, può osservarsi che per il lotto n. 25 la stazione appaltante ha inteso non procedere all'aggiudicazione del lotto di interesse poiché la Commissione Giudicatrice - come da verbali in atti - ha ritenuto “*il prodotto in esso descritto e richiesto, riconducibile, per descrizione, delle caratteristiche tecniche ad un unico fornitore*”. Motivazione, quella riportata, corretta rispetto al principio di pari trattamento, e sufficiente ad annullare l'intero lotto; non adeguatamente contrastata, in concreto dall'appellante.

7.1. Per il lotto n. 42, l'amministrazione ha invece dato atto di aver commesso un errore richiedendo “*un filo di nylon non utilizzabile clinicamente per la fissazione sclerale della IOL*”. Non si vede come tale affermazione possa essere considerata apodittica.

7.2. Quanto infine al lotto 32, pur essendo la motivazione adottata dall'amministrazione generica, essa comunque fa riferimento all'inidoneità tecnica di quanto offerto. Era allora onere del ricorrente dimostrare che l'inidoneità era sussistente e comprovata. Il medesimo si è invece limitato a stigmatizzare il difetto della motivazione sotto un profilo meramente formale, senza nulla aggiungere.

8. L'appello  in conclusione respinto.

9. Avuto riguardo alla peculiarità delle questioni, appare comunque equo compensare le spese del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado d'appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO