

APPALTI - ESCLUSIONE - OFFERTA TECNICA ED ECONOMICA - DIVIETO DI COMMISTIONE - VIOLAZIONE - LEGITTIMA

È illegittima l'offerta tecnica del concorrente che, andando oltre quanto richiesto dal bando di gara, inserisca elementi aggiuntivi e non meramente marginali afferenti alla componente economica, in modo tale da disattendere il principio di separazione tra offerta tecnica ed economica, a presidio del buon andamento e dell'imparzialità nella attività valutativa della Commissione giudicatrice.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 167/2020

Pubblicato il 09/01/2020

N. 00167/2020 REG.PROV.COLL.

N. 05266/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5266 del 2019, proposto dalla Società Farmacrimi Tor San Lorenzo s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Terracciano e Annunziata Abbinente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, piazza San Bernardo, n. 101,

contro

il Comune di Ardea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Bellomi, con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vincenzo Ambrosio, n. 4, la Stazione Unica appaltante Città di Pomezia – Aprilia – Ardea, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio, il Comune di Pomezia, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio, il Comune di Aprilia, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio,

nei confronti

della Farmacia Bartolomucci Roberta Francesca s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Leopardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Pisanelli, n. 2,

per la riforma

della sentenza, resa in forma semplificata, del Tar Lazio, sede di Roma, sez. II-bis, n. 5889 del 10 maggio 2019, notificata il successivo 20 maggio, con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso l'esclusione della Società Farmacrimi Tor San Lorenzo s.r.l. dalla procedura aperta per l'affidamento in concessione delle farmacie comunali, site nel Comune di Ardea, in località Tor san Lorenzo e località Nuova Florida.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione della Farmacia Bartolomucci Roberta Francesca s.a.s.;

Vista la memoria di costituzione del Comune di Ardea dell'8 luglio 2019;

Vista la memoria della Farmacia Bartolomucci Roberta Francesca s.a.s. del 7 ottobre 2019;

Vista la memoria del Comune di Ardea del 28 ottobre 2019;

Vista la memoria della Società Farmacrimi Tor San Lorenzo s.r.l. del 29 ottobre 2019;

Vista la memoria di replica del Comune di Ardea del 31 ottobre 2019;

Vista la memoria di replica della Società Farmacrimi Tor San Lorenzo s.r.l. del 31 ottobre 2019;

Viste le note d'udienza della Società Farmacrimi Tor San Lorenzo s.r.l. del 12 novembre 2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. In data 30 novembre 2018, la Stazione Unica Appaltante Città di Pomezia – Aprilia – Ardea ha emesso il bando di gara avente ad oggetto l'affidamento in concessione, di durata trentennale, di due farmacie di proprietà comunale, site nel territorio del Comune di Ardea.

Con nota prot. n. 9339/2019 del 13 febbraio 2019, è stata comunicata alla Società Farmacrimi Tor San Lorenzo s.r.l. (d'ora in poi, "Farmacrimi"), ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, l'esclusione da tale procedura di gara. Infatti – come risultante dal verbale della Commissione giudicatrice n. 3 dell'8 febbraio 2019 – dall'esame del progetto tecnico della Farmacrimi erano emersi elementi relativi all'offerta economica, circostanza questa che rientra nella previsione dell'art. 12, comma 5, del Disciplinare di gara, secondo cui l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica comporta l'esclusione del concorrente dalla gara.

2. Con ricorso proposto innanzi al Tar Lazio, sede di Roma, sez. II-bis, la Farmacrimi ha chiesto l'annullamento, tra l'altro, del provvedimento di esclusione e, in via graduata, dell'art. 16 del disciplinare di gara – laddove inteso nel senso di consentire l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi inerenti all'offerta economica – nonché la riammissione alla procedura di gara e la declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato con terzi, con relativo subentro. Ha dedotto l'illegittimità dell'esclusione, la quale sarebbe contraddetta dalle stesse disposizioni della legge di gara, a cui la ricorrente si sarebbe scrupolosamente attenuta. Nello specifico, l'art. 16 del Disciplinare di gara avrebbe espressamente previsto che i concorrenti dettagliassero alcune voci economiche all'interno del piano economico-gestionale dell'offerta tecnica. Pertanto, nell'offerta tecnica presentata dalla Farmacrimi, non sarebbe ravvisabile alcuna commistione tra elementi tecnici ed economici, quanto una doverosa applicazione della legge di gara. L'apparente contrasto tra le due previsioni del Disciplinare di gara (id est, artt. 16 e 12, comma 5) avrebbe, in ogni caso, dovuto essere risolto in favore della ricorrente, in applicazione del principio del favor participationis. Ha dedotto, in subordine – qualora l'esclusione fosse ritenuta giustificata alla luce del suddetto divieto di commistione – l'illegittimità della legge di gara nella parte in cui avrebbe imposto l'obbligo di inserire voci economiche all'interno dell'offerta tecnica.

3. Con sentenza n. 5889 del 10 maggio 2019, il Tar Lazio ha respinto il ricorso deducendo, in particolare, che nell'offerta tecnica della Farmacrimi sarebbero contenuti numerosissimi elementi afferenti all'offerta economica e che, pertanto, la stazione appaltante ne avrebbe correttamente disposto l'esclusione. Ha aggiunto, altresì, che l'art. 16 del Disciplinare avrebbe unicamente previsto di indicare i costi necessari per l'apertura e l'avvio delle farmacie per un periodo di mesi sei, ove, per contro, la ricorrente avrebbe esplicitato una serie di ulteriori elementi, non limitati ai primi sei mesi di avvio dell'attività, ma estesi a ben tre anni di gestione. Il Tar,

infine, ha evidenziato che l'art. 16 del disciplinare, nella sua formulazione letterale, apparirebbe rispettoso del principio di separazione tra l'offerta tecnica e quella economica.

4. La citata sentenza n. 5889 del 10 maggio 2019 è stata impugnata con appello notificato il 18 giugno 2019 e depositato il successivo 19 giugno, riproducendo, sostanzialmente, le censure non accolte in primo grado e ponendole in chiave critica rispetto alla sentenza avversata.

La Farmacrimi ha dedotto, in particolare, che il Tar avrebbe erroneamente giudicato corretta l'esclusione dell'appellante. Al contrario, quest'ultima si sarebbe attenuta al rispetto della legge di gara, la quale avrebbe espressamente richiesto l'inserimento di elementi quantitativi all'interno del piano economico-gestionale dell'offerta tecnica. Ha dedotto poi, in via subordinata, che il primo giudice avrebbe erroneamente considerato legittimo l'art. 16 del Disciplinare. Al contrario, quest'ultimo apparirebbe illegittimo, in quanto prevedrebbe l'obbligo di dare evidenza ad alcuni elementi qualitativi nell'offerta tecnica, in violazione a quanto previsto dall'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016, in tema di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nonché del principio di segretezza dell'offerta.

5. Si è costituita in giudizio la Farmacia Bartolomucci Roberta Francesca s.a.s., sostenendo l'infondatezza dell'appello.

6. Si è costituito in giudizio il Comune di Ardea, sostenendo l'infondatezza dell'appello.

7. La Stazione Unica appaltante Città di Pomezia – Aprilia – Ardea non si è costituita in giudizio.

8. Il Comune di Pomezia non si è costituito in giudizio.

9. Il Comune di Aprilia non si è costituito in giudizio.

10. Alla camera di consiglio dell'11 luglio 2019 fissata per la sospensione dell'appellata sentenza, la causa è stata rinviata al merito.

11. Alla pubblica udienza del 14 novembre 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente il Collegio dà atto, come comunicato alle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a, che non terrà conto della cd. "note di udienza" depositate dall'appallante il 12 novembre 2019, e dunque oltre i termini previsti dal comma 1 dello stesso art. 73 sia per il deposito di memoria che di memoria di replica.

2. Come esposto in narrativa, la Farmacrimi Tor San Lorenzo s.r.l. (d'ora in poi, Farmacrimi) ha impugnato la propria esclusione dalla gara, bandita dalla Stazione Unica Appaltante Città di Pomezia – Aprilia – Ardea per l'affidamento in concessione, di durata trentennale, di due farmacie di proprietà comunale, site nel territorio del Comune di Ardea.

L'esclusione della Farmacrimi, giudicata legittima dall'impugnata sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. II-bis, n. 5889 del 10 maggio 2019, è stata disposta perchè dall'esame dell'offerta tecnica erano emersi elementi relativi all'offerta economica, circostanza questa che è sanzionata con l'esclusione dall'art. 12, comma 5, del Disciplinare di gara.

L'appello è infondato.

In punto di fatto va rilevato che nell'offerta tecnica (in particolare, nel "Progetto tecnico") dell'appellante (pagg. 25, 30 e 31) erano contenute le indicazioni relative, oltre al canone iniziale, ai canoni annui, fissi e variabili, per tre anni di gestione nonché i ricavi e i costi, per merci, personale, servizi, locazione, oneri di concessione, oneri diversi e ammortamenti, parimenti per tre anni e dunque, senza dubbio, elementi riconducibili all'offerta economica.

L'appellante giustifica tale modus operandi richiamando l'art. 16 del Disciplinare che, dopo aver chiarito che il sistema di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al punto A) (Offerta tecnica, max 60 punti)

precisa che l'offerta tecnica deve contenere uno "Schema di Carta di servizi" (al quale saranno attribuiti max 30 punti) ed un "Progetto tecnico", il quale è costituito da un "Piano economico/gestionale" (al quale saranno attribuiti max 30 punti), che deve contenere "tutti i costi necessari per l'apertura e l'avvio delle farmacie per un periodo di sei mesi". In particolare, deve prevedere i costi per il versamento del maxi canone iniziale; l'attivazione delle utenze e la gestione delle relative pratiche burocratiche, ivi comprese le spese per le certificazioni necessarie; il pagamento del personale dipendente e relativi oneri per un periodo di sei mesi, comprensivo dei costi per la formazione; la fornitura di medicinali e dei prodotti farmaceutici per un periodo di sei mesi necessari per una adeguata fornitura del magazzino; la prima campagna pubblicitaria e di informazione all'utenza; tutti gli altri costi di gestione necessari per un periodo di sei mesi. "Tali costi, necessari per l'avviamento dei servizi di farmacia comunale, devono essere ben evidenziati nel Piano prodotto in sede di offerta, pena l'esclusione dell'offerta medesima". L'inclusione nella busta contenente l'offerta tecnica del "Piano economico/gestionale" era prevista dall'art. 14 dello stesso Disciplinare a pena di esclusione.

Afferma quindi l'appellante di essersi attenuta scrupolosamente a quanto previsto dalla lex specialis di gara, che vincola non solo i concorrenti ma la stessa stazione appaltante la quale, dunque, in presenza di previsioni espresse del contenuto che doveva avere l'offerta tecnica, non avrebbero potuto escludere dalla gara il concorrente che a tali previsioni si era doverosamente conformato. In via gradata l'appellante censura gli artt. 14 e 16 del Disciplinare, che impongono al concorrente un adempimento che sarebbe contrario alle regole che presiedono la gara pubblica e all'art. 12 del Disciplinare, ove letto nel senso di escludere l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi dell'offerta economica.

2. Privo di pregio è il primo motivo.

Giova premettere, richiamando una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo (Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7395; id. 2 settembre 2019, n. 6017), che il principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica (che impone che le offerte economiche debbano restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la Commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici della proposta negoziale) trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali; costituisce, dunque, presidio all'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare e libero svolgimento dell'iter che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione.

Il principio si declina in una triplice regola, per cui: a) la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, proprio al fine di evitare la suddetta commistione (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2017, n. 5392; id., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890); b) è precluso ai concorrenti l'inserimento di elementi economico-quantitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica (qualitativa) (Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2019, n. 612); c) l'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica (Cons. St., sez. V, 20 luglio 2016, n. 3287).

La conoscenza di elementi economici da parte della Commissione di gara, nella fase della valutazione dell'offerta tecnica, che precede quella di valutazione dell'offerta economica, appare di per sé idonea a determinare anche solo in astratto un condizionamento dell'operato della Commissione medesima, alterando o perlomeno rischiando potenzialmente di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa della Commissione stessa (Cons. St., sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181).

Nondimeno, il principio e le relative regole operative trovano applicazione, *propter tenorem rationis*, nei soli in casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione, il che accade, appunto, solo laddove concorrano elementi di giudizio a carattere discrezionale (inerenti l'apprezzamento dei profili tecnici e qualitativi della proposta negoziale articolata dagli operatori economici in concorrenza) ed elementi di giudizio a rilevanza obiettiva ed automatica (quali sono quelli della componente economica dell'offerta) e, dunque, soltanto allorché il criterio di aggiudicazione (che ingloba entrambi i profili) sia – come nella specie - quello della “offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo” (art. 95, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016).

La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela si estenda a coprire non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo (Cons. St., sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1335; id., V, 20 luglio 2016, n. 3287).

Il divieto in parola, peraltro, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara (Cons. St., sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181), attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica (Cons. St., sez. V, 27 novembre 2014, n. 5890), a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara (Cons. St., sez. V, 14 dicembre 2018, n. 7057). In particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini

economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (Cons. St., sez., V, 22 febbraio 2016, n. 703); conseguentemente è stata ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di "alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica" (Cons. St., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 193) o purché non venga anticipatamente reso noto il "prezzo" dell'appalto (Cons. St., sez. V, 13 giugno 2016, n. 2530).

Tutto ciò premesso, è legittima l'esclusione dalla gara dell'appellante, conseguente all'inserimento nell'offerta tecnica di elementi dell'offerta economica (pagg. 25, 30 e 31 dell'offerta tecnica) ed è legittimo anche l'art. 12, comma 5, del Disciplinare, secondo cui "costituirà esclusione dalla gara la mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica": ponendosi nella prospettiva di rafforzare la valutazione imparziale dell'offerta tecnica attraverso un rigido divieto di commistione di elementi di questa con quelli di carattere economico, la disposizione in questione non risulta irragionevole, illogica o arbitraria.

3. Quanto sopra chiarito comporta non solo la legittimità dell'esclusione alla luce sia del principio generale della separazione tra offerta economica e offerta tecnica, che della regola esplicitamente e legittimamente introdotta dall'art. 12 del Disciplinare, che tale divieto di commistione pone a pena di esclusione; ma comporta altresì che non sono in contrasto con tali previsioni gli artt. 14 e 16 del Disciplinare, che non imponevano affatto al concorrente di inserire quegli elementi che la stessa Farmacrini ha, a suo dire doverosamente, incluso per non incorrere nell'esclusione dalla gara. Ciò in quanto gli elementi costituenti il "Piano economico/gestionale", previsto al punto A) dell'art. 16 del Disciplinare, non erano affatto tali da comportare l'anticipazione di tutte quelle notizie, di carattere

prettamente economiche, che ha invece inserito l'appellante nel proprio Piano, per giunta – ed il rilievo assume carattere assorbente di ogni altra considerazione – riferite all'intero triennio di durata dell'appalto e non ai primi sei mesi, come previsto dal citato art. 16.

L'art. 16, letto correttamente, prevedendo l'inserimento di elementi diversi dal prezzo complessivo, appare invero conforme al principio secondo cui la commistione di elementi dell'offerta tecnica con quella economica è possibile e non reca un pregiudizio al principio di segretezza delle offerte quando gli elementi di quest'ultima anticipati nella prima abbiano carattere del tutto marginale rispetto alla base d'asta ribassabile o se gli stessi siano inscindibili dagli aspetti di carattere qualitativo da esporre in sede di offerta tecnica; né l'una né l'altra ipotesi ricorrono tuttavia, come si è detto, nel caso di specie, nel quale dall'offerta tecnica presentata dall'appellante la Commissione avrebbe ben potuto conoscere, anticipatamente (e in palese violazione del principio della par condicio dei concorrenti) anche l'offerta economica della stessa.

4. Il chiaro tenore letterale dell'art. 16 del Disciplinare esclude altresì l'applicazione del principio del favor participationis, invocato dall'appellante, che presuppone – come afferma la stessa Farmacrimi (pag. 7 dell'atto introduttivo del giudizio di secondo grado) – una condotta colposa o negligente della stazione appaltante che non possa essere traslata a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura. Nel caso all'esame del Collegio alcuna condotta colposa e negligente può essere imputata alla stazione appaltante, stante il chiaro tenore del combinato disposto degli artt. 12, 14 e 16 del Disciplinare di gara. Ed infatti, solo una lettura non corretta dell'art. 16, punto A), del Disciplinare ha indotto la Farmacrimi ad inserire nella propria offerta tecnica elementi ulteriori – sia quantitativamente che temporalmente (id est, relativi a tutta la durata dell'appalto triennale e non solo per i primi sei mesi) – che hanno portato ad una

palese violazione del principio di separazione tra l'offerta economica e quella tecnica, posta a presidio di ogni gara pubblica per la tutela della par condicio dei concorrenti.

5. Generico, infine, appare il richiamo (pag. 9 dell'appello) alla disparità di trattamento per non essere state escluse anche le altre concorrenti che avrebbero presentato una offerta tecnica con elementi determinanti dell'offerta economica. L'appellante, infatti, accenna appena a tale vizio senza soffermarsi ad indicare quali sarebbero le offerte da escludere e per quali specifici elementi.

Né soccorre quanto poi chiarito nella memoria del 31 ottobre 2019 (pag. 3) nel quale il motivo sembra riformulato (con una impostazione nuova, e dunque inammissibile), tanto da essere chiesta l'esclusione della controinteressata non per commistione tra l'offerta tecnica e quella economica ma "per difetto", non avendo indicato alcun costo reale nella propria offerta tecnica e violando in tal modo l'art. 16 del Disciplinare.

6. Per le ragioni sopra esposte l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che si liquidano in € 3.000,00 (euro tremila/00) in favore del Comune di Ardea e di € 3.000,00 (euro tremila/00) in favore della Farmacia Bartolomucci Roberta Francesca s.a.s..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO