

APPALTI - OFFERTA - DIVIETO - COMMISTIONE TRA OFFERTA TECNICA E ECONOMICA - ESCLUSIONE DALLA GARA - LEGITTIMA

E' legittima l'esclusione dalla gara del concorrente che, in violazione del divieto di commistione tra l'offerta tecnica ed economica, inserisca nella busta contenente l'offerta tecnica una copia dell'offerta economica con l'indicazione dei relativi prezzi.

TAR, Calabria, Catanzaro, Sez. I, sentenza n.2072/2018

Publicato il 06/12/2018

N. 02072/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01446/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1446 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da F2 Distribuzione Automatica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Emilio Martucci, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Madonna dei Cieli 32;

contro

Azienda Ospedaliera di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Enza De Rango, con

domicilio eletto presso il suo studio in Messina, via E. Lombardo Pellegrino 111;

nei confronti

Ivs Italia S.p.A., Cb Distributori Automatici, Sigma S.r.l., non costituito in giudizio;

Mastria Vending S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Gidaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

-del Verbale n.14 del 12.10.2017, adottato dalla Commissione di gara nominata nell'ambito della Procedura Aperta per l'affidamento in concessione del servizio d'installazione e gestione dei distributori automatici di bevande fredde e calde, alimenti solidi e generi di conforto, di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara;

-del Disciplinare di gara e della Deliberazione n.277 del 27.06.2017 di sua approvazione, nonché di tutti i successivi atti di gara;

-di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

b) per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati 3 aprile 2018:

-della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera di Cosenza n.61 del 20.02.2018, pubblicata in pari data, di aggiudicazione definitiva della Procedura Aperta per l'affidamento in concessione del servizio d'installazione e gestione dei distributori automatici di bevande fredde e calde, alimenti solidi e generi di conforto;

- del Disciplinare di gara (già impugnato col ricorso principale), del Capitolato Tecnico e del Bando di Gara, approvati con Deliberazione n.277/2017 (già impugnata col ricorso principale);
- della nota prot. n.2671 del 04.09.2017 a firma del Direttore U.O.C. Gestione Tecnico-Patrimoniale;
- della nota prot. n.2717 del 07.09.2017 a firma del Direttore U.O.C. Gestione Tecnico-Patrimoniale;
- della nota del 01.12.2017 a firma della Dott.ssa Lea Perrone e del P.I. Marco Delicato, componenti della commissione di gara;
- del Verbale n.15 del 28.12.2017, adottato dalla Commissione di gara;
- del Verbale n.2 del 23.01.2018 adottato, in seduta riservata, dalla Commissione di gara;
- del Verbale n.6 del 07.02.2018, adottato dalla Commissione di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Cosenza e di Mastria Vending S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2018 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La F2 Distribuzione automatica ha partecipato alla gara bandita dalla A.S.P. di Cosenza per l'affidamento in concessione triennale, con opzione annuale, in due lotti, del servizio d'installazione e gestione dei distributori automatici di bevande, calde e fredde, alimenti solidi e generi di conforto.

2. Ha impugnato, con il ricorso, il verbale (n. 14/2017) della seduta del 12 ottobre 2017, con il quale la Commissione di gara ne ha disposto l'esclusione dalla procedura per aver presentato *“nella documentazione tecnica, l'offerta economica contrariamente a quanto previsto dal Disciplinare di gara e dal D.Lgs. n. 50/16”*.

2.1. La società, con il ricorso, oltre ad affermare l'illegittimità dell'esclusione, che – contrariamente a quanto asserito nell'impugnato verbale – non troverebbe giustificazione nelle disposizioni della *lex specialis*, alle quali si sarebbe viceversa attenuta, ha censurato, per contrarietà al principio di segretezza dell'offerta, proprio la previsione del disciplinare di gara sul confezionamento dell'offerta (art. 1, nona alinea), che dispone l'inserimento nella busta relativa all'offerta tecnica di *“n.2 (due) copie dell'Offerta economica”* ma *“senza l'indicazione dei prezzi, riportanti su ogni pagina l'indicazione copia offerta senza prezzi”*.

3. Con ordinanza cautelare del 15 dicembre 2017 è stata respinta la domanda di sospensione del provvedimento di esclusione della ricorrente, essendo *“emerso che nella busta contenente l'offerta tecnica è stata inserita l'offerta economica con indicazione anche dei prezzi, in violazione oltre che*

della clausola del disciplinare di gara che faceva espresso riferimento alla “copia offerta senza prezzi”, anche del principio, cui essa è conforme, del divieto di commistione tra gli elementi tecnici e quelli economici (Consiglio di Stato, sez. III, 17 febbraio 2017, n. 731)”.

4. Con successivi motivi aggiunti la F2 Distribuzione automatica ha impugnato: *a)* la deliberazione del D.G. dell’Azienda Ospedaliera di Cosenza n.61 del 20.02.2018 di aggiudicazione definitiva, per contrasto con la *lex specialis*, nella parte in cui prevede il pagamento posticipato del canone; *b)* il capitolato tecnico e il bando di gara, in aggiunta al disciplinare, già impugnato con il ricorso principale, prevedendo l’art. 10 del capitolato un punteggio massimo pari a 100, suddiviso in punti 60 per l’elemento prezzo e punti 40 per l’elemento qualità, in aperta violazione dell’art. 95, comma 10 bis, D.Lgs. 50/2016; *c)* la nota n.2671 del 04.09.2017 e la nota n.2717 del 07.09.2017, entrambe a firma del Direttore U.O.C. gestione tecnico-patrimoniale, con cui la stazione appaltante avrebbe illegittimamente rettificato i sub-punteggi relativi alla tipologia e alle caratteristiche tecniche dei distributori; *d)* la nota del 01.12.2017 a firma della dott.ssa Lea Perrone e del P.I. Marco Delicato, componenti della commissione di gara, che avrebbe inammissibilmente alterato i criteri valutativi stabiliti dal capitolato; *e)* il Verbale n.15 del 28.12.2017, n.2 del 23.01.2018 e n.6 del 07.02.2018, adottati dalla Commissione di gara, per violazione delle norme sul procedimento di verifica delle offerte anomale.

5. Sia l'A.S.P. di Cosenza che la società controinteressata Mastria Vending s.r.l., costituitesi, hanno prodotto memorie eccependo l'inaammissibilità dei motivi aggiunti per difetto di interesse all'impugnazione in capo alla società ricorrente, in quanto esclusa dalla gara.

6. In verità lo scrutinio dei motivi del ricorso avverso l'esclusione dalla gara – esclusione che il Collegio ritiene legittima, in coerenza alla deliberazione svolta in sede cautelare – assume carattere evidentemente pregiudiziale, incidendo sulla persistenza della legittimazione ad impugnare gli atti di gara, con i successivi motivi aggiunti, da parte della ricorrente esclusa.

6.1. In proposito va richiamato l'orientamento secondo cui soltanto il “*consolidamento*” del provvedimento di esclusione della gara elide in radice l'interesse al ricorso, inteso quale utilità pratica ritraibile dall'accoglimento del gravame avverso l'aggiudicazione in favore del controinteressato, essendo la posizione del ricorrente già definitivamente pregiudicata (Consiglio di Stato sez. V, 23 marzo 2018, n.1848) con la conseguenza che il ricorso avverso l'aggiudicazione deve ritenersi improcedibile (così anche Corte Giustizia UE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, in causa C-355/15).

6.2. In linea generale la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che l'impugnazione

dell'aggiudicazione di un appalto pubblico che non sia finalizzata ad ottenere la rinnovazione della gara o l'esclusione dell'impresa aggiudicataria (che implicherebbero un immediato vantaggio per il ricorrente), ma che risulti fondato, ad esempio, sulla sola contestazione della correttezza dei punteggi assegnati alle concorrenti, dev'essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria (*cfr., ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2534; Consiglio di Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717 e 8 settembre 2015, n. 4209).

6.3. Nel caso di specie la legittimazione a impugnare della ricorrente, stante la ritenuta fondatezza della sua esclusione dalla gara, potrebbe ritenersi (ancora) sussistente, al più, nella sua prospettiva più "attenuata", sorretta cioè, dall'interesse "strumentale" alla ripetizione della procedura. Nella vicenda in esame non è neanche astrattamente configurabile, invero, quale utilità ritraibile dal ricorso, il conseguimento da parte della ricorrente dell'affidamento della concessione, per l'evidente ragione che il provvedimento di esclusione è intervenuto in una fase del procedimento antecedente la valutazione dell'offerta economica presentata dalla società.

6.4. Residua, però, come detto, pur dopo l'esclusione, l'interesse strumentale alla riedizione della gara (la società ricorrente è peraltro "*operatore uscente*") e quindi, entro tali limiti e a tale scopo, sussiste la conseguente legittimazione a impugnare le sanzioni in cui si articola il

relativo procedimento di evidenza pubblica. Nel caso in esame la doglianza contenuta nei motivi aggiunti collegata all'interesse strumentale alla riedizione della procedura è quella rivolta avverso il capitolato di gara (in particolare l'art. 10), del quale è posta in rilievo la contrarietà al limite legale del 30% previsto dal comma 10 bis dell'art. 95 del c.c.p.

6.5. Le ulteriori censure articolate nei motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione e i verbali richiamati *sub* 4, non essendo correlate al conseguimento di un'apprezzabile utilità per la ricorrente, in termini di possibile riedizione della gara, risultano, a fronte della ritenuta legittimità, in questa sede, della sua estromissione dalla procedura, insuscettibili di essere scrutinate in quanto inammissibili per difetto di interesse.

7. Ciò premesso in merito alle questioni suscettibili di formare oggetto di scrutinio, il Collegio ritiene, come anticipato, da un lato, che l'esclusione della società ricorrente dalla procedura in esame risulti conforme alle statuizioni della *lex specialis* di gara e, dall'altro, che non sussista il denunciato contrasto della relativa norma del disciplinare con il principio di segretezza dei contenuti dell'offerta e con il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica.

7.1. Il disciplinare di gara prevede, con formulazione del tutto in linea con l'esigenza di salvaguardare l'osservanza dei menzionati principi, all'art. 1, che “*l'inserimento nella busta relativa all'offerta tecnica di n.2 (due) copie dell'Offerta economica*” ma, si badi, “*senza l'indicazione dei prezzi, riportanti su ogni pagina l'indicazione copia offerta senza prezzi*”.

7.2. Invero, in conformità a quanto costantemente affermato in giurisprudenza, una disposizione così congegnata non impinge nel divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, la cui applicazione “*va effettuata in concreto (e non in astratto), con riguardo alla conclusione degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare “prima del tempo” la consistenza e la convenienza di tale offerta*” (Consiglio di Stato, sez. III, 03 aprile 2017, n. 1530; T.A.R. Toscana Firenze, sez. III, 23 luglio 2018, n. 1068).

7.2.1. Il principio della separazione tra offerta tecnica e offerta economica, infatti, “*non è violato in caso di indicazioni di natura economica, incluse nell'offerta tecnica che non consentono la ricostruzione del prezzo offerto. Il divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica non va inteso in senso assoluto, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché si tratti di elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero di elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica, o che ancora consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante* (Consiglio di Stato, sez. V, 24 settembre 2018, n. 5499).

7.3. Per contro, l'acclarato inserimento, da parte della società ricorrente, nella busta contenente l'offerta tecnica, dell'offerta economica con indicazione dei relativi prezzi, è atto non solo irrispettoso di quanto espressamente stabilito disciplinare di gara, per come sopra richiamato, ma idoneo, altresì, a configurare una palese violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, con la conseguenza che la disposta esclusione si rivela, come detto, pienamente legittima.

8. L'ulteriore doglianza idonea, se fondata, a travolgere l'intera procedura di affidamento attiene, come accennato, al capitolato speciale, segnatamente alla disposizione di questo – art. 10 – relativa all'attribuzione del punteggio, disposizione che prevedendo un punteggio massimo pari a 100, suddiviso in punti 60 per l'elemento prezzo e punti 40 per l'elemento qualità, si porrebbe in aperta violazione dell'art. 95, comma 10 bis, D.Lgs. 50/2016, ciò che determinerebbe, nella prospettazione di parte ricorrente, *“l'annullamento dell'intera procedura di gara, siccome viziata dall'origine”*.

8.1. Ebbene la parte ricorrente non potrebbe ricavare alcuna utilità dall'accoglimento della censura visto che la violazione del criterio di ripartizione percentuale del punteggio non implica di per sé alcun profilo di lesività nei suoi confronti, non avendo la medesima ricevuto alcun pregiudizio dall'applicazione dell'impugnato art. 10, essendo stata esclusa dalla gara in un momento antecedente e per ben differenti ragioni. L'interesse della ricorrente assume quindi, nel caso in esame, una valenza

di mero fatto, in quanto volto a dedurre un'illegittimità che non le ha provocato alcun nocumento.

8.2. In tale contesto, neppure può annettersi rilievo alla circostanza che la dedotta violazione è volta a far annullare il bando e dunque l'intera procedura anche al fine, evidentemente, di poter prendere parte alla nuova gara per l'affidamento. Vale richiamare, in proposito, un recente e condiviso orientamento (Consiglio di Stato, III, 18 aprile 2017, n. 1809; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 8 marzo 2018, n. 351) che ritiene necessaria l'immediata impugnazione della clausola del bando violativa dell'art. 95, comma 10 bis del D.Lgs. n. 50 del 2016. Il principio è stato ribadito dalla più recente giurisprudenza con riguardo non solo alle clausole escludenti (in senso ampio) ma altresì alle clausole immediatamente lesive dell'interesse sostanziale del concorrente ad una competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo (Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014; in termini T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 13 dicembre 2016, n. 12439; *contra* T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 30 ottobre 2017, n. 1109).

8.2.1. Sotto tale ultimo profilo, pertanto, l'impugnazione con motivi aggiunti della disposizione contenuta nell'art. 10 del capitolato si appalesa (comunque) tardiva, oltreché disancorata da un pregiudizio effettivo ai danni della società ricorrente (nei cui confronti siffatta disposizione, si ripete, non ha trovato pratica applicazione in quanto già esclusa dalla gara).

9. Tirando le fila di quanto detto, il ricorso, per le ragioni esposte, è infondato e va pertanto respinto; i motivi aggiunti, stante la ritenuta legittimità dell'esclusione dalla gara della società ricorrente, risultano conseguentemente assorbiti, inammissibili per difetto di interesse, ivi inclusa la censura avverso il capitolato per violazione dell'art. 95, comma 10 bis, c.c.p., da ultimo esaminata, la quale risulta inammissibile per difetto di concreta lesività e, in ogni caso, tardivamente proposta.

10. Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, sono poste a carico della parte soccombente, come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di giudizio, che liquida in complessivi euro 2.000.00 oltre accessori, IVA e CPA, come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO