

APPALTI: Aggiudicazione - Ad una ditta che per indicare le specifiche tecniche relative al numero di test annui effettuabili con il prodotto offerto ha utilizzato il termine “circa” - Scostamento pari ad 1/8 rispetto al numero di test annui prescritto dalla *lex specialis* - Illegittimità.

Tar Sicilia - Catania, Sez. III, 19 gennaio 2022, n. 183

“[...] l’espressione “circa”, in base ai noti canoni ermeneutici di cui agli articoli 1362-1371 c.c., applicabili anche agli atti e provvedimenti amministrativi, come affermato da univoca giurisprudenza, deve intendersi nel senso che lo scostamento rispetto al target di 4000 test annui non potesse essere particolarmente significativo, sicché l’offerta dell’aggiudicataria deve ritenersi sotto tale profilo non conforme all’invito ad offrire formulato dalla stazione appaltante, in quanto lo scostamento risulta, invece, pari ad 1/8.

Il termine “circa”, infatti, come confermato dalla sua etimologia, significa “intorno a”, sicché non appare plausibile che lo scostamento, in luogo di consistere in una differenza di qualche decina di unità o, a tutto concedere, di un paio di centinaia di unità, potesse addirittura consentire una riduzione di un 1/8 rispetto ai test annuali indicati dall’Amministrazione.

Occorre anche aggiungere che l’art. 1366 c.c. impone, inoltre, l’applicazione di un criterio obiettivo che si fondi su un canone di reciproca lealtà nella condotta delle parti e che tuteli l’affidamento che ciascuna parte deve porre sul significato della dichiarazione resa dall’altra [...]. Al riguardo va osservato che, diversamente opinando, si determinerebbe una violazione della cosiddetta “par condicio contrattuale”, avendo la ricorrente formulato la sua offerta secondo buona fede, cioè attenendosi al significato obiettivamente desumibile dall’espressione utilizzata dalla stazione appaltante, sicché la sua posizione nell’ambito della procedura resterebbe ingiustificatamente pregiudicata rispetto a quella della controinteressata, la quale ha, invece, attribuito al termine “circa” un significato estremamente lato e improprio, ritenendo consentita l’offerta di una quantitativo di reagenti che consentono un numero di test ben inferiore rispetto al parametro di riferimento indicato dalla stazione appaltante [...].”

FATTO e DIRITTO

La presente sentenza è redatta in forma semplificata, come previsto dall’art. 120, sesto e decimo comma, c.p.a.

La ricorrente, chiedendo anche risarcimento del danno, ha impugnato: a) la deliberazione n. 1597 in data 11 novembre 2021, con cui l’Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa ha aggiudicato a Roche

Diagnostics S.p.A. il lotto n. 1 della gara indetta “per la fornitura in service di sistemi diagnostici”, b) la comunicazione di intervenuta aggiudicazione trasmessa dall’Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa in data 15 novembre 2021; c) i verbali di gara, con particolare riferimento al verbale n. 4 relativo alla seduta in data 29 settembre 2021, in occasione della quale la commissione giudicatrice ha effettuato la valutazione delle offerte economiche presentate in relazione al lotto 1; d) per quanto occorra, il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato speciale, il capitolato tecnico e i documenti ad essi allegati; e) il rigetto dell’istanza di riesame presentata da Leica Microsystems S.r.l. in data 13 ottobre 2021.

E’ opportuno precisare quanto segue: a) alla procedura in esame hanno partecipato la ricorrente e la controinteressata; b) il disciplinare di gara stabiliva che: – ciascun lotto sarebbe stato aggiudicato in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (prezzo/qualità), ai sensi dell’articolo 95, secondo comma, del decreto legislativo numero 50/2016; – la valutazione dell’offerta tecnica e dell’offerta economica sarebbe stata effettuata in base ai seguenti punteggi, secondo il metodo aggregativo compensatore (offerta tecnica: punteggio massimo 70; offerta economica: punteggio massimo 30); – il punteggio dell’offerta tecnica sarebbe stato attribuito sulla base dei criteri di valutazione elencati nel documento “specifiche tecniche” allegato al capitolato speciale; c) l’art. 9 del capitolato tecnico prevedeva che, quanto alla valutazione del punteggio per l’offerta economica, essa sarebbe stata effettuata per ciascun lotto di gara con riferimento al prezzo complessivo offerto, in ribasso rispetto quello posto a base d’asta e comunicato nell’offerta economica, e all’offerta che avesse presentato il prezzo complessivo più basso, in ribasso rispetto alla base d’asta complessiva al netto dell’IVA, sarebbe stato attribuito l’intero punteggio disponibile (punti 30), mentre agli altri concorrenti sarebbero stati attribuiti punteggi linearmente decrescenti secondo la formula $PE = P_{min}/P_i + 30$ (in cui PE è il punteggio economico da assegnare all’offerta valutata, P_{min} è il prezzo dell’offerta più bassa e P_i è il prezzo dell’offerta oggetto di valutazione); d) all’offerta della ricorrente è stato attribuito il punteggio 0,17 e all’offerta economica della controinteressata il punteggio 30,00; e) , la ricorrente ha chiesto in via principale l’annullamento dei provvedimenti impugnati al fine di conseguire l’aggiudicazione della procedura e in via subordinata l’annullamento dell’intera procedura di gara, con condanna dell’Amministrazione al risarcimento del danno.

Nel ricorso la società interessata ha osservato, in sintesi, quanto segue: a) in applicazione dell’art. nove del capitolato tecnico, alla ricorrente avrebbe dovuto essere attribuito il punteggio 17,08 in relazione all’offerta economica; b) in subordine, qualora si ritenga che l’art. 9 del capitolato tecnico non sia applicabile al lotto 1, deve considerarsi illegittima la legge di gara per non avere essa

specificato la formula utilizzata per l'assegnazione dei punteggi relativi all'offerta economica, in violazione dell'art. 71 del decreto legislativo n. 50/2016; c) la stazione appaltante, invero, è tenuta ad indicare i criteri utilizzati per la valutazione dell'offerta economica e per la loro ponderazione; d) la "lex specialis" risulta, comunque, fuorviante, avendo essa indotto i concorrenti a confidare nell'applicazione della formula contemplata dall'art. 9 del capitolato tecnico; e) il metodo aggregativo-compensatore consiste in una mera formula matematica, ma non prevede le modalità con cui la stazione appaltante procede a calcolare il punteggio per ciascun elemento dell'offerta, sicché esso va integrato con l'utilizzo di formule matematiche ulteriori, con particolare riferimento alla cosiddetta formula proporzionale inversa, la quale consente di attribuire un punteggio in base al rapporto tra il prezzo offerto dal concorrente e il prezzo più basso offerto in gara.

Sia l'Amministrazione intimata che la controinteressata si sono costituite in giudizio e hanno chiesto il rigetto del ricorso, svolgendo difese in larga parte di analogo contenuto, che possono sintetizzarsi come segue: a) l'allegato "specifiche tecniche" è un documento cui il disciplinare e il capitolato rimandano per l'individuazione, per l'appunto, delle specifiche tecniche di ciascun lotto; b) esso, tuttavia, è composto da tre parti: – da pagina 1 a pagina il documento si riferisce alle: specifiche tecniche del lotto 1; da pagina sette pagina 14 si riferisce alle specifiche tecniche del lotto 2; nelle pagine 15 e 16 si riferisce alle specifiche tecniche del lotto 3; c) le pagine da 7 a 14 si riferiscono esclusivamente al lotto 2, avente ad oggetto "sistema per la ricerca del sangue occulto nelle feci per screening oncologici"; c) il lotto 2 ed il lotto 3 sono stati revocati con provvedimento in data 18 maggio 2021; d) l'Amministrazione ha applicato la formula proporzionale inversa al rialzo in funzione del ribasso, mentre la ricorrente invoca l'applicazione della formula proporzionale inversa in funzione del prezzo; e) l'applicazione della formula invocata dalla ricorrente dà luogo ad un risultato che non consente di attribuire il giusto peso alle due offerte, di contro appiattendole e riducendo l'enorme differenza che in concreto sussiste tra le stesse (ribasso del 43,2% e ribasso dello 0,24%).

Mediante motivi aggiunti la ricorrente ha svolto ulteriori censure, che possono sintetizzarsi come segue: a) l'offerta dell'aggiudicataria andava esclusa, in quanto essa non risulta conforme alle prescrizioni della "lex specialis"; b) in particolare, in base alla disciplina di gara i concorrenti erano tenuti ad offrire, a pena di esclusione "la fornitura di reagenti, materiali accessori e di consumo necessari per l'esecuzione di circa 4.000 test IHC/anno" e a indicare nell'offerta economica: – il prezzo offerto per il canone di noleggio della strumentazione; – il prezzo offerto per i reagenti e anticorpi; – il prezzo offerto per l'attività di assistenza tecnica; – il ribasso percentuale sull'importo annuale posto a base di gara, calcolato sulla base del prezzo proposto per le suddette voci di offerta;

c) per quanto riguarda il prezzo offerto in relazione a reagenti e anticorpi, il disciplinare precisava che, nella formulazione dell'offerta, i concorrenti dovevano tener conto del rendimento effettivo di ciascun kit, in modo tale da soddisfare il quantitativo stimato di test sulla base del quale era stato determinato l'importo a base di gara; d) in conseguenza i concorrenti erano tenuti ad offrire in gara un quantitativo di reagenti e di materiale di consumo sufficiente per eseguire il numero di test indicato dalla stazione appaltante nei documenti di gara, ossia 4.000 test all'anno; e) nell'offerta presentata dalla controinteressata il quantitativo di reagenti è nettamente inferiore rispetto a quello prescritto dalla legge di gara, essendo stata offerta la fornitura annua di 14 confezioni, ciascuna contenente i kit necessari per eseguire 250 test, per un totale di 3.500 test l'anno.

L'Amministrazione e la controinteressata hanno svolto difese anche in relazione ai motivi aggiunti, osservando, in particolare che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, la "lex specialis" non prescriveva espressamente il puntuale numero di test che annualmente dovevano essere garantiti (come risulta dall'espressione "circa 4.000 test" contenuta negli atti di gara).

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

A giudizio del Collegio il ricorso è fondato per le ragioni di seguito indicate.

Occorre, in primo luogo, precisare che, avuto riguardo alla gradazione delle domande formulata dall'interessata, il Tribunale è tenuto ad esaminare innanzitutto la censura con cui l'interessata ha contestato la mancata esclusione dell'aggiudicataria per avere la stessa indicato nella propria offerta un quantitativo di reagenti inferiore rispetto a quanto prescritto dalla legge di gara e che consentono l'effettuazione di 3.500 test all'anno, anziché di circa 4.000, come indicato dalla stazione appaltante.

Al riguardo la Sezione osserva che l'espressione "circa", in base ai noti canoni ermeneutici di cui agli articoli 1362-1371 c.c., applicabili anche agli atti e provvedimenti amministrativi, come affermato da univoca giurisprudenza, deve intendersi nel senso che lo scostamento rispetto al target di 4000 test annui non potesse essere particolarmente significativo, sicché l'offerta dell'aggiudicataria deve ritenersi sotto tale profilo non conforme all'invito ad offrire formulato dalla stazione appaltante, in quanto lo scostamento risulta, invece, pari ad 1/8.

Il termine "circa", infatti, come confermato dalla sua etimologia, significa "intorno a", sicché non appare plausibile che lo scostamento, in luogo di consistere in una differenza di qualche decina di unità o, a tutto concedere, di un paio di centinaia di unità, potesse addirittura consentire una riduzione di un 1/8 rispetto ai test annuali indicati dall'Amministrazione.

Occorre anche aggiungere che l'art. 1366 c.c. impone, inoltre, l'applicazione di un criterio obiettivo che si fondi su un canone di reciproca lealtà nella condotta delle parti e che tuteli l'affidamento che

ciascuna parte deve porre sul significato della dichiarazione resa dall'altra (cioè, nel caso di specie, dalla stazione appaltante, la quale ha formulato l'invito ad offrire a beneficio dei concorrenti, i quali hanno presentato la loro offerta confidando nel significato ragionevolmente desumibile dall'espressioni utilizzata dall'Amministrazione).

Al riguardo va osservato che, diversamente opinando, si determinerebbe una violazione della cosiddetta "par condicio contrattuale", avendo la ricorrente formulato la sua offerta secondo buona fede, cioè attenendosi al significato obiettivamente desumibile dall'espressione utilizzata dalla stazione appaltante, sicché la sua posizione nell'ambito della procedura resterebbe ingiustificatamente pregiudicata rispetto a quella della controinteressata, la quale ha, invece, attribuito al termine "circa" un significato estremamente lato e improprio, ritenendo consentita l'offerta di una quantitativo di reagenti che consentono un numero di test ben inferiore rispetto al parametro di riferimento indicato dalla stazione appaltante.

Atteso che, a seguito dell'esclusione della controinteressata, la ricorrente resta l'unico concorrente in gara, non devono essere esaminate le ulteriori censure, in quanto l'esito del giudizio già soddisfa pienamente l'interesse della società, giustificando la sua pretesa all'aggiudicazione della procedura. Le spese di lite seguono la soccombenza sono liquidate in dispositivo, tenendo anche conto della non particolare complessità della controversia in esame.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto: 1) lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nella parte di interesse; b) condanna l'Amministrazione intimata e la controinteressata, in solido fra loro, alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese di lite, liquidate in complessivi € 2.200,00, oltre accessori di legge se dovuti

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Francesco Bruno, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

IL SEGRETARIO