

APPALTI: Offerta - Formula matematica - Appalti ad alto tasso tecnico - Indicazione qualitativa - Prevalenza sulla quantitativa - Coerente con la disciplina di gara.

Cons. giust. amm. reg. sic., Sez. giurisd., 28 novembre 2022, n. 1224

- in *Guida al Diritto*, 47, 2022, pag. 96 e ss., con commento di Laura Biarella, *Negli atti di gara l'espressione "circa" va intesa come scostamento minimo.*

"[...] la formula che vede al numeratore il prezzo minimo e al denominatore il prezzo offerto dal concorrente, preserva comunque una correlazione di tipo proporzionale tra il prezzo offerto e il punteggio attribuito, per cui al ridursi del prezzo offerto, il punteggio aumenta, sicché la formula che prenda quale punto di riferimento per lo sviluppo del calcolo matematico i prezzi proposti dai concorrenti anziché i ribassi sulla base d'asta non è di per sé manifestamente abnorme o irragionevole perché, sebbene non comporti eccessive differenziazioni tra le singole offerte (pure a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), garantisce comunque un collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso e l'attribuzione del punteggio [...]".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa e della Leica Microsystems S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2022, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Provinciale di Siracusa, con la deliberazione n. 1597 dell'11 novembre 2021, ha aggiudicato a Roche Diagnostics s.p.a. (di seguito anche Roche) il lotto 1 della gara indetta "per la fornitura in service di sistemi diagnostici".

Il Tar per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Terza, con la sentenza 19 gennaio 2022, n. 183, ha accolto il ricorso proposto dalla Leica Microsystems s.r.l. (di seguito anche Leica), seconda in graduatoria ed unica altra concorrente, e, per l'effetto, ha annullato, nella parte di interesse, i provvedimenti impugnati, costituiti dalla detta delibera di aggiudicazione e dagli atti presupposti tra cui, in particolare, il verbale n. 4 del 29 settembre 2021 in cui la Commissione giudicatrice ha effettuato la valutazione delle offerte economiche presentate in relazione al lotto n. 1.

Di talché, la Roche Diagnostics s.p.a. ha proposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

Error in iudicando: difetto di motivazione, violazione della lex specialis. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità manifesta: violazione e falsa applicazione delle specifiche tecniche relative al lotto n.1.

Leica ha contestato l'aggiudicazione in favore di Roche, in quanto quest'ultima avrebbe offerto 3.500 test all'anno a fronte della prescrizione prevista dalle specifiche tecniche del lotto 1 che ne richiedeva circa 4.000 ed il Tar ha accolto tale censura.

Tale statuizione non sarebbe condivisibile in quanto si scontrerebbe con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, atteso che la *lex specialis* non avrebbe indicato espressamente il numero esatto di test che devono essere garantiti ogni anno.

La prescrizione di gara, infatti, indica genericamente la necessità di offrire un quantitativo per l'esecuzione di "circa 4.000 test", per cui, non essendo inequivocabilmente fissato un numero preciso di test annui da garantire come minimo, l'offerta di un quantitativo che si discosta leggermente da quello "indicativo", non potrebbe comportare l'esclusione dalla gara, anche tenendo conto dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, che ha introdotto il principio di tassatività delle clausole di esclusione.

La legge di gara avrebbe individuato un parametro variabile, determinabile *ex post* ed in concreto.

Roche, comunque, nella propria offerta avrebbe precisato che l'offerta stessa si intende omnicomprensiva e completa di tutto quanto richiesto nel capitolato speciale, nel relativo capitolato tecnico e nel disciplinare e che i relativi prezzi si intendono comprensivi anche dei corrispettivi necessari per l'esatto e puntuale adempimento di ogni obbligazione contrattuale, nessuno escluso.

Error in iudicando: difetto di motivazione, violazione della lex specialis. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità manifesta: violazione e falsa applicazione delle specifiche tecniche relative al lotto 1 (sotto ulteriore profilo).

La sentenza gravata sarebbe errata anche nella parte in cui ha considerato che un'interpretazione diversa del termine "circa" comporterebbe la violazione della *par condicio* rispetto all'altro concorrente Leica, che ha invece offerto 4.000 test/anno.

La differenza di reagenti offerti, da cui la sentenza gravata pretenderebbe di far discendere l'esclusione di Roche dalla gara, sarebbe minima e non inciderebbe in alcun modo sul punteggio assegnato alle due concorrenti.

In definitiva, l'aver offerto un numero di kit leggermente inferiore a quello offerto da Leica (e non previsto a pena di esclusione) avrebbe un'incidenza del tutto marginale sulla fornitura e del tutto irrilevante sull'individuazione dell'offerta aggiudicataria.

La Leica Microsystems s.r.l. ha contestato la fondatezza delle censure proposte dalla Roche ed ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, d.lgs. n. 104 del 2010, le domande ed i motivi di ricorso formulati in primo grado non esaminati dal Tar nella sentenza impugnata, vale a dire:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 71 e dell'Allegato XIV del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento al paragrafo "criterio di aggiudicazione" del disciplinare di gara e all'art. 9 del capitolato tecnico. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e dei documenti. Eccesso di potere per carenza, illogicità e irragionevolezza della motivazione. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Violazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento. Violazione del principio di proporzionalità e di buon andamento della pubblica amministrazione.

La formula utilizzata dalla Commissione sarebbe palesemente differente da quella prevista dal capitolato tecnico, in quanto assegnerebbe rilevanza al ribasso offerto dai concorrenti, invece che al prezzo.

Nella risposta all'istanza di riesame presentata da Leica, l'ASP di Siracusa ha precisato che l'art. 9 del capitolato tecnico conterrebbe un refuso di stampa e che, di conseguenza, la norma *de qua* dovrebbe essere applicata al solo lotto 2.

Tuttavia, la Commissione non avrebbe potuto modificare a suo piacimento il contenuto della disposizione del capitolato, ma avrebbe dovuto applicare ugualmente la stessa oppure sollecitare la stazione appaltante ad annullare in autotutela la procedura per la mancata indicazione del criterio di valutazione.

Qualora la Commissione avesse applicato correttamente la formula prevista dal capitolato tecnico, Leica avrebbe ottenuto un punteggio superiore a quello di Roche e sarebbe risultata aggiudicataria.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 76 della direttiva 2014/24/UE e degli artt. 30, 71 e Allegato XIV del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione delle linee guida n. 2 dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e dei documenti. Eccesso di potere per carenza, illogicità e irragionevolezza della motivazione. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta. Violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento. Violazione del principio di proporzionalità e di buon andamento della pubblica amministrazione.

In subordine rispetto al precedente motivo, ove si ritenesse che l'art. 9 del capitolato tecnico non sia applicabile al lotto di gara in questione, il disciplinare di gara sarebbe carente di contenuti indispensabili, determinando, di conseguenza, l'illegittimità dell'intera procedura di gara.

La *lex specialis* della gara indetta dalla ASP di Siracusa, se interpretata come preteso dalla stazione appaltante, non conterrebbe le informazioni indispensabili richieste dall'art. 71 del d.lgs. n. 50 del 2016 e non consentirebbe agli operatori economici di conoscere le precise modalità di calcolo dei punteggi da attribuire alle offerte economiche.

L'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa ha analiticamente argomentato ed ha concluso per l'accoglimento dell'appello di Roche e per il rigetto dei motivi assorbiti in prime cure e riproposti da Leica.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive difese.

L'istanza cautelare è stata respinta da questo Consiglio di Giustizia Amministrativa con l'ordinanza 5 maggio 2022, n. 161, con la seguente motivazione:

“Considerato che, alla delibazione propria della presente fase cautelare, l'appello non si rivela assistito da adeguato fumus boni iuris, in quanto la lex specialis di gara, tra le caratteristiche minime, ha previsto, a pena di esclusione, la fornitura di reagenti, materiali accessori e di consumo necessari per l'esecuzione di circa 4.000 test IHC/anno, mentre l'offerta presentata dall'appellante contiene i kit necessari per effettuare un totale di 3.500 test l'anno, sicché non può ragionevolmente ritenersi che la detta prescrizione di gara, prevista a pena di esclusione, sia stata rispettata; Riservata al definitivo la liquidazione delle spese della presente fase cautelare”.

All'udienza pubblica del 16 novembre 2022, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

3. Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso proposto da Leica sulla base delle seguenti considerazioni:

“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".

4. Le doglianze proposte dalla Roche non sono idonee a dare conto dell'erroneità della sentenza emessa in prime cure.

La Roche e la Leica sono state le uniche due imprese che hanno concorso per l'aggiudicazione del lotto 1 "immunoistochimica" della gara indetta per la "fornitura in service di sistemi diagnostici" dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa.

La Commissione ha attribuito il punteggio complessivo di punti 70,13 alla Roche Diagnostics (punteggio qualità 40,13 e punteggio prezzo 30,00) e di punti 67,24 alla Leica Microsystems (punteggio qualità 67,07 e punteggio prezzo 0.17).

L'art. 9 del capitolato tecnico alla parte B, Reagenti e Anticorpi, prevede quali caratteristiche minime (a pena esclusione): 1) "fornitura di reagenti, materiali accessori e di consumo necessari per l'esecuzione di circa 4.000 test IHC/anno"; 2) "fornitura di tutti gli anticorpi necessari all'esecuzione di circa 4.000 test di IHC/anno in formato prediluito/pronto uso (RTU) con la

massima flessibilità di accesso al listino di anticorpi “l’uno per l’altro” per tutta la durata della fornitura (allegare listino anticorpi RTU disponibili”.

La Roche, nell’offerta presentata, ha previsto un quantitativo di reagenti pari a 3.500 (140 confezioni offerte per anno per 250 test).

Il Collegio, in primo luogo, rileva che, come già indicato, la *lex specialis* di gara, tra le caratteristiche minime dei reagenti e anticorpi ha previsto, “a pena di esclusione”, la fornitura di reagenti, materiali accessori e di consumo necessari per l’esecuzione di “circa” 4.000 test IHC/anno, mentre, come evidenziato, l’offerta presentata dall’appellante contiene i kit necessari per effettuare un totale di 3.500 test l’anno.

Pertanto, da un lato, non può ragionevolmente ritenersi che la detta prescrizione di gara sia stata rispettata, atteso che la locuzione “circa” significa “intorno a”, “approssimativamente”, laddove una differenza del 12,5% (prendendo come denominatore 4.000) o del 14,3% (prendendo come denominatore 3.500) non costituisce affatto una sfumatura o una variazione di lieve entità, dall’altro, non può assumere rilievo la prospettazione di parte secondo cui tale differenza non avrebbe inciso in modo significativo sull’offerta economica presentata, in quanto l’esclusione dalla gara è stata specificamente prevista dalla *lex specialis* senza la necessità che sia effettuata alcuna verifica aggiuntiva.

D’altra parte, il principio della tassatività delle fonti delle cause di esclusione di cui al comma 8 dell’art. 83, secondo il quale “*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti*”, prescrivendone la relativa nullità, non può trovare applicazione nel caso di specie, in quanto riguarda i soli criteri di selezione, ma non anche le modalità di presentazione delle offerte.

In altri termini, il principio di tassatività delle fonti delle cause di esclusione sancito nell’ultima parte del comma 8 dell’art. 83 si riferisce solo ed esclusivamente a prescrizioni relative ai criteri di selezione per la partecipazione alla gara, i quali possono incidere sul fondamentale principio del *favor participationis*.

Di qui, l’infondatezza dell’appello proposto da Roche e la sua conseguente reiezione.

4.1. Va da sé che, in relazione alle molteplici specificazioni delle argomentazioni svolte dalla parte appellante, il Collegio ha preso in considerazione nella motivazione della presente sentenza solo quelle ritenute astrattamente rilevanti ai fini della definizione del giudizio, per cui i profili eventualmente non menzionati sono da ritenere privi di effettivo interesse.

5. Il Collegio, ad abundantiam, ritiene fondato anche il motivo principale riproposto dalla Leica ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

L'art. 9 dell'allegato 1 al capitolato tecnico, "Criterio di aggiudicazione", ha stabilito che ciascun singolo lotto della procedura avrebbe dovuto essere aggiudicato a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa attribuendo un punteggio tecnico massimo di 70 ed un punteggio economico massimo di 30 e che la valutazione economica "per ciascun lotto" sarebbe stata effettuata con riferimento al prezzo complessivo offerto, in ribasso rispetto a quello posto a base d'asta.

Pertanto, la *lex specialis* della gara è stata chiara nell'affermare che anche per il lotto 1 si sarebbe applicato il metodo inverso basato sul valore assoluto dell'offerta e non sul ribasso, mentre la circostanza che il lotto 2 sia stato sospeso e poi revocato in autotutela non assume ai fini in discorso alcun rilievo.

D'altra parte, al contrario di quanto sembra emergere dalle argomentazioni formulate dalle controparti, proprio l'utilizzazione della formula di cui al capitolato speciale avrebbe garantito che l'offerta economica potesse pesare il 30%, come da *lex specialis*, laddove l'utilizzazione della diversa formula (basata sul ribasso e non sul valore assoluto dell'offerta) ha comportato un'incidenza ben superiore dell'offerta economica, con una conseguente svalutazione degli elementi di natura qualitativa ai quali, invece, la *lex specialis* ha attribuito decisamente un maggiore rilievo.

Inoltre, la formula che vede al numeratore il prezzo minimo e al denominatore il prezzo offerto dal concorrente, preserva comunque una correlazione di tipo proporzionale tra il prezzo offerto e il punteggio attribuito, per cui al ridursi del prezzo offerto, il punteggio aumenta, sicché la formula che prenda quale punto di riferimento per lo sviluppo del calcolo matematico i prezzi proposti dai concorrenti anziché i ribassi sulla base d'asta non è di per sé manifestamente abnorme o irragionevole perché, sebbene non comporti eccessive differenziazioni tra le singole offerte (pure a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), garantisce comunque un collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso e l'attribuzione del punteggio.

La formula prevista dalla *lex specialis*, in definitiva, con la oggettiva finalità di attribuire maggiore rilievo alle componenti qualitative dell'offerta rispetto a quelle economiche, non comprime eccessivamente queste ultime e, quindi, è del tutto coerente con la volontà della disciplina di gara di attribuire al punteggio tecnico un "peso" (70%) di gran lunga superiore a quello, pur significativo, del punteggio economico (30%).

Tale modalità, peraltro, si rivela pienamente giustificata in un appalto ad elevato tasso tecnico e in cui si ritiene debbano prevalere gli aspetti qualitativi (cfr. Cons. Stato, III, 14 dicembre 2021, n. 8353).

6. Le spese del giudizio di appello seguono la soccombenza e, tenuto conto anche della fase cautelare, sono complessivamente liquidate in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, e sono poste a favore della Leica ed a carico della Roche, per € 3.000,00, e della ASP di Siracusa, per € 2.000,00.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 310 del 2022).

Condanna l'appellante Roche, per € 3.000,00, e la ASP di Siracusa, per € 2.000,00, al pagamento delle spese del giudizio di appello, liquidate complessivamente in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, in favore della Leica.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2022, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Marco Mazzamuto, Consigliere

L'ESTENSORE

Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE

Fabio Taormina

IL SEGRETARIO