

APPALTI: Contratti della P.A. – Gara – Doveri informativi della stazione appaltante e dovere di collaborazione dei concorrenti – Contenuto e limiti – Individuazione.

Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1452

“[...] la verifica dell’assolvimento da parte della stazione appaltante dei suoi doveri informativi costituisce il frutto di un ragionevole punto di equilibrio tra principi di trasparenza ed imparzialità, cui la stessa è tenuta nello svolgimento della gara, e dovere di collaborazione dei concorrenti, tenuti a loro volta ad attivarsi, avendone interesse e sempre che ciò non implichi uno sforzo eccedente quello esigibile di normale diligenza, al fine di colmare i gap informativi eventualmente riscontrabili: l’unico limite, definibile a priori, all’esplicazione del dovere di diligenza del concorrente coincide con il carattere puramente informativo/chiarificatorio della sua iniziativa, non potendo evidentemente esigersi – perché contrastante con i principi basilari che presiedono allo svolgimento della gara – che essa sia finalizzata ad ottenere l’integrazione della disciplina di gara da parte della stazione appaltante, nelle parti che dovessero eventualmente risultare non compiutamente definite [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio della società Noesis S.r.l.;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dall’ Azienda Unità Sanitaria Locale di Modena;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2023 il Cons. Antonio Massimo Marra e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblicato sulla Piattaforma Saterin data 4 gennaio 2019, l’Azienda Unità Sanitaria Locale di Modena aveva avviato, ai sensi dell’art. 66 del d.lgs. n. 50/2016, una consultazione preliminare di mercato: *per l’affidamento del servizio di controllo sulla qualità dei gas medicinali*, occorrente alle Aziende associate all’Area Vasta Emilia Nord.

1.1. L’odierna appellante, società Centro Assistenza Ecologica s.r.l. (d’ora in avanti, per brevità, C.A.E.), ha manifestato l’interesse a partecipare alla procedura di gara.

1.2. Con successiva determina a contrarre n. 927 del 24.04.2019, l’A.U.S.L. di Modena ha indetto, ai sensi dell’art. 36, co. 2, lett. b) del d.lgs. n.50/2016, la procedura negoziata diretta all’affidamento

del servizio triennale di controllo dei *gas* medicinali per le esigenze dell'Unione d'Acquisto delle Aziende associate all'Area Vasta Emilia Nord e dell'Ospedale di Sassuolo s.p.a, identificata con C.I.G. quadro n. 7887945A20.

1.3. Indi, la stazione appaltante ha pubblicato, sulla piattaforma telematica *Sater di Intercent-ER*, il documento denominato “nota integrativa – capitolato”, nel quale ha indicato le condizioni di partecipazione alla gara e ha previsto, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, stabilendo l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 100 punti, suddiviso in 70 punti per la “qualità” e in 30 punti per il “prezzo”.

1.4. Alla gara hanno partecipato, oltre Centro Assistenza Ecologica s.r.l. anche la ditta Neosis s.r.l., risultata poi aggiudicataria

1.5. In esito all'esame delle offerte tecniche ed economiche per il criterio del prezzo, l'odierna appellante ha ottenuto il punteggio massimo (30 punti), avendo offerto un ribasso pari al 21,76%; laddove, la prima classificata ha conseguito un punteggio pari a 22,04/30.

1.6. Con la determinazione dirigenziale n. n. 1870, del 27 agosto 2020, infine, la procedura negoziata è stata aggiudicata in favore di Noesis, odierna controinteressata.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna, sede di Bologna, la società Centro Assistenza Ecologica, seconda classificata e odierna appellante principale, ha chiesto l'annullamento di tali esiti di gara e il risarcimento del danno subito, ove possibile mediante subentro nel rapporto contrattuale, articolando plurime censure in ordine all'offerta economica di cui sarebbero stati omessi di predeterminazione dei criterio di calcolo dei punteggi (dell'offerta economica da parte della Stazione Appaltante).

2.1. Si sono costituite in giudizio la Azienda Usl di Modena e la società Noesis per chiedere la reiezione del ricorso, di cui hanno eccepito la infondatezza.

2.2. Una volta ottenuto l'accesso ai verbali di gara, Centro Assistenza Ecologica S.r.l, ha notificato motivi aggiunti.

2.3. Infine, all'esito del giudizio così incardinato, il Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna (di qui in avanti, per brevità, solo il Tribunale), con la sentenza n. 94 del 9 febbraio 2021, ha accolto il ricorso limitatamente al primo motivo -con cui era stata censurata la violazione dell'art. 95, comma 8 del D.lgs. n. 50/2016, in quanto ai concorrenti sarebbe stato impedito di conoscere il criterio per attribuire il punteggio relativo all'offerta economica-, respingendo, invece, gli ulteriori tre motivi di ricorso, intesi a lamentare, in estrema sintesi, ed in funzione escludente dell'impresa aggiudicataria e i motivi aggiunti di CAE.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale CAE, deducendo due articolati motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e, ove possibile, l'aggiudicazione della gara o, in subordine, il risarcimento del danno.

3.1. Si sono costituite per opporsi all'appello la sia la società Neosis controinteressata sia l'Azienda Sanitaria di Modena che ha proposto appello incidentale

Con detto appello incidentale si è contestata, in particolare, la sentenza del primo giudice nella parte in cui ha censurato la gara in quanto: a) non sarebbe stato pubblicizzato il criterio per l'attribuzione del punteggio dell'offerta economica di cui la ricorrente sarebbe venuta a conoscenza solo in corso di giudizio; b) lo stesso doveva essere reso noto attraverso la lex specialis di gara; c) sarebbe stato violato il principio della par condicio.

3.2. A seguito dell'udienza del 28 ottobre 2021 la Sezione depositava ordinanza istruttoria n. 7372 del 2021, reiterata con due successive ordinanze (3733/2022, 8428/2022), con cui richiedeva una relazione di chiarimenti, da acquisirsi nel contraddittorio delle parti, su specifici quesiti ivi meglio indicati, nonché di una relazione illustrativa sui termini della vicenda di causa.

Al detto incumbente l'Amministrazione ottemperava con nota in data 14 dicembre 2021, prot. n. 38141/21/ST/bb, depositata in data 16 dicembre 2021.

3.3. Infine, nell'udienza del 19 gennaio 2023, il Collegio, uditi il difensore dell'appellante principale e quello dell'appellante incidentale ha trattenuto la causa in decisione.

4. Esigenze logico sistematiche impongono il preventivo esame dell'appello incidentale dell'Azienda USL di Modena – al cui accoglimento si oppone l'appellante principale – che si prefigge di ottenere la riforma della sentenza appellata nella parte in cui, come accennato innanzi, ha accolto il motivo di ricorso (integrato in sede di motivi aggiunti) di carattere rinnovatorio, siccome inteso a lamentare la mancata predeterminazione del criterio di attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica.

È preliminarmente opportuno riportare i passaggi motivazionali della sentenza appellata che sorreggono la statuizione censurata: “la ricorrente è stata edotta della formula matematica utilizzata per la assegnazione del punteggio solo in corso di giudizio, questo viola il fondamentale canone di pubblicità e trasparenza che presiede allo svolgimento delle gare pubbliche la cui rilevanza è stata sottolineata anche dalla richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Nella specie in base agli atti depositati risulta che la stazione appaltante <non> ha mai adottato alcuna determinazione relativa alla scelta del criterio non lineare materialmente applicato per la

riparametrazione dell'offerta economica, né in sede di avvio del procedimento di gara né successivamente, così incorrendo nella chiara violazione dei principi di pubblicità e trasparenza.

Come noto, la metodologia di calcolo del relativo punteggio, come quello degli altri criteri di valutazione dell'offerta, deve essere individuata dalla stazione appaltante e resa nota ai potenziali concorrenti tramite la *lex specialis* di gara.

La prescrizione della predeterminazione del metodo di calcolo del punteggio economico da parte della stazione appaltante poggia sul principio di parità di trattamento e sull'obbligo di trasparenza in forza dei quali ogni potenziale concorrente deve essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Anche l'ANAC (cfr., Delibera n. 144 del 27 febbraio 2019) ha raccomandato alle stazioni appaltanti di definire in maniera chiara e precisa il criterio di aggiudicazione nonché i criteri di valutazione, i metodi e le formule per l'attribuzione dei punteggi e il metodo per la formazione della graduatoria, finalizzati all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa”.

4.1. Ciò premesso, ritiene la Sezione che l'appello incidentale, nel suo contenuto critico di merito, dell'Amministrazione sia meritevole di accoglimento.

Non così, con riguardo alla censura di rito con esso formulata, intesa a sostenere l'inammissibilità in parte qua del ricorso introduttivo del giudizio in ragione della omessa impugnazione della Richiesta di Offerta, nella parte in cui non recherebbe alcuna prescrizione in ordine al criterio di valutazione dell'offerta economica: basti osservare, in senso contrario al suo accoglimento, che la censura è intimamente contraddittoria, alla luce del complessivo contenuto dell'appello incidentale (confermato dalla documentazione in atti, come si vedrà infra), affermandosi in esso che la RDO conteneva l'esaustiva regolamentazione del profilo de quo (con la conseguenza che nessun onere impugnatorio potrebbe predicarsi in capo alla ricorrente al fine di dolersi di un insussistente profilo omissivo).

4.2. Quanto agli aspetti di merito dell'appello incidentale deve, in primo luogo, osservarsi che l'effetto caducatorio derivante dalla sentenza appellata può essere scisso, quanto ai vizi riscontrati nel provvedimento impugnato, in una duplice prospettiva:

– la mancata (integrale) predeterminazione, nella *lex specialis* della procedura negoziata de qua, del criterio di valutazione dell'offerta economica, recando essa la sola previsione secondo cui “il punteggio massimo di 30 su 100 sarà attribuito alla ditta che offrirà lo sconto complessivo annuo più alto”, in mancanza di alcuna disposizione finalizzata a regolare il “proporzionamento” del punteggio per le offerte recanti un minor ribasso;

– la mancata informazione dei concorrenti in ordine alle modalità di valutazione dell’offerta economica.

4.3. Ebbene, iniziando dal primo profilo allegatamente viziante, deve preliminarmente osservarsi che la gara oggetto di controversia, indetta ai sensi dell’art. 36, comma 1, lett. b) d.lvo n. 50/2016, ovvero mediante “affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”, è stata espletata con Richiesta di Offerta (RDO) sulla piattaforma SATER del Mercato elettronico dell’Agenzia regionale *Intercent-ER*, ai sensi dell’art. 36, comma 6, d.lvo cit., a mente del quale “le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice”.

4.4. In particolare, acquisite le manifestazioni di interesse delle quattro imprese (tra cui le due tra le quali si svolge la presente controversia, uniche a partecipare alla fase successiva della gara), in riscontro all’avviso di consultazione preliminare di mercato per l’affidamento del “servizio triennale di controllo qualità di gas medicinali”, la stazione appaltante ha proceduto alla compilazione telematica ed all’invio alle suddette della Richiesta di Offerta, costituente, ad avviso della medesima Amministrazione, la vera *lex specialis* della procedura di gara.

5. Tanto premesso, e venendo al *thema decidendum*, deve osservarsi che, come ampiamente documentato dalla stazione appaltante (cfr., in particolare, il documento all. n. 6 della produzione di primo grado della AUSL Modena del 4 gennaio 2021, concernente la risposta data da Intercent-ER – Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici alla richiesta di chiarimenti della prima), “la formula economica deve essere necessariamente inserita nella fase iniziale di predisposizione della Richiesta di Offerta e non può essere in alcun modo introdotta dalla Stazione Appaltante in una fase successiva; nel caso di specie la formula inserita nella fase iniziale della RDO in oggetto dalla Stazione Appaltante è la formula del “Ribasso massimo non lineare” con coefficiente Alfa pari allo 0,25”.

5.1. Tale chiarimento trova riscontro fattuale nel documento n. 12 della produzione di primo grado della società ricorrente in data 23 ottobre 2020, concernente la “stampa della RDO inserita a sistema”, dal quale si evince che il criterio di valutazione economica dell’offerta si sarebbe basato sulla formula del “Ribasso Massimo non Lineare” – coefficiente Alfa 0,25 – formula economica $\text{Punteggio} * \text{Potenza} (\text{Ribasso Offerto} / \text{Massimo Ribasso Offerto}, \text{Alfa})$ (tale criterio, come si evince dalla memoria della controinteressata in data 8 gennaio 2021, si è tradotto, ai fini dell’attribuzione

del punteggio all'offerta economica della società ricorrente, recante un ribasso del 21,76%, nella formula: $(30 \times (6,34 : 21,76)\alpha = 30 \times 0,291\alpha = 30 \times 0,73 = 22,04)$.

5.2. Va altresì evidenziato che, come chiarito nell'allegato della RDO "Nota Integrativa-Capitolato", "il punteggio relativo al prezzo viene elaborato dal sistema (telematico) sulla base della formula di sconto scelta dalla Stazione Appaltante": in particolare, come si evince dalla citata nota di Intercent-ER, "la piattaforma SATER, al termine dell'apertura delle singole buste contenenti le offerte economiche di ciascuna ditta, calcola automaticamente il punteggio da attribuire a ciascuna offerta economica sulla base della formula inserita inizialmente dalla Stazione Appaltante e forma la graduatoria di Aggiudicazione Provvisoria sommando i punteggi attribuiti alla valutazione tecnica con quelli attribuiti al prezzo" (si veda anche, sul punto, quanto disposto dall'art. 58, comma 7, d.lvo n. 50/2016, ai sensi del quale "il sistema telematico produce in automatico la graduatoria").

5.3. Dai rilievi che precedono, non adeguatamente confutati dalla originaria ricorrente, si evince, quindi, univocamente che la formula di calcolo del punteggio economico è stata definita irreversibilmente dalla stazione appaltante nella fase iniziale (quindi, evidentemente, prima della presentazione delle offerte) della procedura selettiva: ciò che induce ad escludere la sussistenza del primo profilo viziante innanzi rappresentato.

5.4. Risolta nel senso illustrato la questione – di carattere oggettivo – attinente all'avvenuto assolvimento da parte della stazione appaltante dei suoi obblighi regolatori della gara, deve affrontarsi quello – di spessore eminentemente soggettivo – relativo alla disponibilità da parte della originaria ricorrente di adeguate informazioni attinenti al suindicato criterio di valutazione dell'offerta.

5.5. In proposito, deve preliminarmente osservarsi che la stazione appaltante, con i suoi scritti difensivi, non contesta, ma anzi espressamente riconosce, che la ricorrente non sarebbe potuta venire autonomamente a conoscenza, nella sua completezza, del suindicato criterio di valutazione dell'offerta economica: tanto si evince dall'affermazione secondo cui "CAE ne (del suddetto criterio, n.d.e.) poteva agevolmente venire a conoscenza con semplice domanda all'AUSL Modena", alla luce del fatto che la citata Nota Integrativa recava una sezione, denominata "Chiarimenti", nella quale si faceva presente ai concorrenti che "eventuali chiarimenti, necessari alla redazione dell'offerta potranno essere richiesti attraverso la sezione "Comunicazioni" disponibile dal menù della RDO entro il termine indicato nella stessa" (ovvero dal 25 ottobre 2019, data invio alle ditte della RDO telematica, al 25 novembre 2019).

5.6. Del resto, che la RDO, inviata telematicamente alle concorrenti, non recasse tutte le informazioni/prescrizioni contenute nella sua versione telematica originale si arguisce dal raffronto

tra il documento 7, allegato alla produzione di primo grado della ricorrente in data 15 gennaio 2021 (che non reca, appunto, la suddetta indicazione) ed i documenti nn. 11 e 12, trasmessi alla ricorrente dal RUP in data 28 settembre 2020, in riscontro alla sua richiesta di accesso e da essa depositati in primo grado in data 23 ottobre 2020, concernenti la “RDO inserita a sistema”, che invece la contengono.

5.7. Orbene, deve osservarsi che la verifica dell’assolvimento da parte della stazione appaltante dei suoi doveri informativi costituisce il frutto di un ragionevole punto di equilibrio tra principi di trasparenza ed imparzialità, cui la stessa è tenuta nello svolgimento della gara, e dovere di collaborazione dei concorrenti, tenuti a loro volta ad attivarsi, avendone interesse e sempre che ciò non implichi uno sforzo eccedente quello esigibile di normale diligenza, al fine di colmare i gap informativi eventualmente riscontrabili: l’unico limite, definibile a priori, all’esplicazione del dovere di diligenza del concorrente coincide con il carattere puramente informativo/chiarificatorio della sua iniziativa, non potendo evidentemente esigersi – perché contrastante con i principi basilari che presiedono allo svolgimento della gara – che essa sia finalizzata ad ottenere l’integrazione della disciplina di gara da parte della stazione appaltante, nelle parti che dovessero eventualmente risultare non compiutamente definite.

5.8. Applicando le coordinate interpretative innanzi delineate alla fattispecie oggetto di giudizio, occorre in primo luogo evidenziare che, anche a non voler sostenere (il che, da un punto di vista processuale, sarebbe comunque impedito dalla espressa statuizione recata dalla sentenza appellata in punto di non immediata lesività della *lex specialis*, laddove non recante – secondo l’assunto attoreo, poi recepito dal TAR – la compiuta formulazione del criterio di valutazione dell’offerta economica) che l’”oscuramento” delle modalità di attribuzione del punteggio economico abbia precluso il calcolo di convenienza propedeutico alla presentazione di un’offerta seria e consapevole, non può negarsi che, là dove la parte ricorrente avesse nutrito un reale interesse alla conoscenza del dato in questione, avrebbe potuto (recte, dovuto) formulare una espressa richiesta di chiarimenti alla stazione appaltante, al fine di averne opportuna conoscenza.

5.9. Deve peraltro evidenziarsi – e ciò giustifica, verosimilmente, la mancata presentazione di tale richiesta di chiarimenti da parte della ricorrente – che CAE non aveva invero un reale interesse alla conoscenza del criterio di valutazione dell’offerta economica, nella parte (relativa alla attribuzione del punteggio alle offerte caratterizzate da un minore ribasso) non ostesa dalla stazione appaltante (atteso che, ai fini della valutazione del maggior ribasso, il capitolato stabiliva, come si è detto, che “il punteggio massimo di 30 su 100 ...sarà attribuito alla ditta che offrirà lo sconto complessivo annuo più alto”), avendo gareggiato al fine di ottenere il massimo punteggio economico (ed

avendolo di fatto conseguito): rilievo che, dimostrandone l'assenza di concrete conseguenze pregiudizievoli per la parte ricorrente, destituisce ulteriormente di fondamento la portata viziante del lamentato *gap* informativo.

6. L'appello incidentale deve essere dunque accolto.

6.1. La fondatezza del ricorso incidentale travolge pertanto l'appello principale, a mezzo del quale CAE ha reiterato (secondo motivo di appello) l'erroneità della sentenza del primo giudice, là dove il Tribunale, dopo avere accolto l'impugnazione avverso l'aggiudicazione, avrebbe dovuto considerare certamente la portata demolitoria della sentenza e dichiarare l'inefficacia del contratto sottoscritto tra la stazione appaltante e l'originaria aggiudicataria Neosis s.r.l., quale naturale effetto dell'annullamento di tutti gli atti di gara.

In estrema sintesi il TAR avrebbe dovuto pronunciarsi su almeno una delle domande riconoscendo in Ma, si ribadisce l'accoglimento del ricorso incidentale non può che rendere ora ultronea la suddetta censura reiterata in appello da CAE.

7. Quanto infine alla doglianza avanzata dalla appellante secondo cui la controinteressata ha offerto l'utilizzo di fiale colorimetriche "GASTEC" che non avrebbero rispettato a dire dell'appellante le prescrizioni della Farmacopea Ufficiale Italiana ed Europea; il Collegio non può che condividere gli esiti della verifica, svolta dalla Prof. Minghetti che ha chiarito, la regolarità dell'offerta di Noesis, "là dove conclude che ... Sulla base di queste evidenze è possibile concludere che il metodo d'analisi proposto da Noesis s.r.l. è conforme ai requisiti di Farmacopea per la misurazione della concentrazione massima di "oli". Di conseguenza, non sussistono particolari criticità sul piano tecnico che possano avere una concreta rilevanza ai fini del soddisfacimento degli obiettivi di sicurezza e qualità perseguiti dalla stazione appaltante".

8. In conclusione per tutte le ragioni esposte, l'appello incidentale dell'Azienda Sanitaria di Modena deve essere accolto nei suoi due motivi; con conseguente reiezione del ricorso principale di primo grado proposto dall'odierna appellante

9. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere interamente compensate tra le parti, tenuto conto della complessità delle questioni.

Le spese della verifica, liquidate con separato decreto, sono poste a carico della parte appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sull'appello incidentale, proposto dall'Azienda Sanitaria di Modena, lo accoglie e, per l'effetto, respinge il ricorso principale

proposto in primo grado da Centro Assistenza Ecologica S.r.l. con conseguente annullamento della sentenza impugnata.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Antonella De Miro, Consigliere

IL SEGRETARIO
