

Pubblicato il 11/05/2021

N. 03699/2021REG.PROV.COLL.

N. 00650/2021 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 650 del 2021, proposto da Biolive s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo difensore in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

contro

Regione Lombardia, non costituita in giudizio;
Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti s.p.a. - Aria s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaella Antonietta Maria Schiena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Emanuela Quici in Roma, via Antonio Bertoloni, 35;

nei confronti

Fremslife s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Armando Gamalero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 2390/2020;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fremslife s.r.l. e dell'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti s.p.a. - Aria s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2021, svolta in modalità da remoto, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Biolive chiede la riforma della sentenza n. 2390 del 4.12.2020, con la quale il TAR per la Lombardia, Milano, Sez. II, ha respinto il ricorso, per come integrato dai motivi aggiunti, avverso gli esiti della procedura negoziata d'urgenza indetta da Aria s.p.a. per l'affidamento di accordi quadro per la fornitura di 60 Ecotomografi, destinati all'emergenza sanitaria "Covid-19" (Lotto n. 2).

1.1. L'odierna appellante, graduata al secondo posto, aveva in prime cure, all'esito dell'accesso agli atti della procedura e dell'offerta della prima classificata, contestato l'aggiudicazione in favore di Fremslife s.r.l., attivando in parallelo anche un procedimento di riesame al fine di conseguire l'esclusione della detta controinteressata onde subentrare nell'affidamento della commessa.

1.2. Il riscontro negativo alla detta istanza ha, dunque, dato luogo alla proposizione di motivi aggiunti.

2. Avverso la sentenza di primo grado, con il mezzo qui in rilievo, l'appellante deduce che:

a) contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, vi sarebbe incertezza e intrinseca contraddittorietà nell'offerta aggiudicata: e, infatti, pur avendo Fremslife indicato nel documento "*dettaglio prezzi*" 60 ecotomografi al prezzo totale di € 372.000 (prezzo unitario € 6.200), nel documento "*Dichiarazione di offerta economica*" l'aggiudicataria si sarebbe impegnata a consegnare solo 40 ecografi, di cui 10 entro 15 gg e 30 nei 45 gg. Si tratterebbe, dunque, di un'offerta parziale, incerta e indeterminata, senza considerare l'essenzialità del termine di consegna previsto dalla disciplina di gara e contenuto in 45 gg, come confermato dalla risposta della stazione appaltante al quesito n. 4;

b) anche a voler ritenere ammissibile l'offerta in argomento, andrebbe, comunque, rilevata l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione nella parte in cui attribuisce alla Fremslife 60 ecografi in luogo dei 40 che le spetterebbero in ragione dell'impegno assunto;

c) la sentenza sarebbe illegittima anche nella parte in cui non ha ritenuto fondata la censura attorea circa la mancata indicazione dei costi della manodopera. Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, era infatti senz'altro possibile assolvere al suddetto onere all'uopo utilizzando i moduli resi disponibili nella piattaforma di gara, come fatto dall'appellante;

d) la sentenza appellata meriterebbe riforma anche nella parte in cui ha ritenuto completa l'offerta tecnica, laddove viceversa l'insufficienza descrittiva delle schede tecniche allegate a corredo dell'offerta proposta avrebbe dovuto essere sanzionata con l'esclusione dalla gara. Segnatamente, in nessuna parte della documentazione prodotta in gara dalla Fremslife si evincerebbero le informazioni richieste dalla legge

di gara, come ad esempio le tipologie di sonde di cui sono dotati gli apparecchi offerti ovvero il rispetto dei seguenti requisiti minimi prescritti dalle disposizioni capitolari:

- “*Dotato di sistema di protezione contro urti e intemperie*”;
- “*Completo di borsa o altro sistema di trasporto e contenimento adatto all'utilizzo sui mezzi territoriali*”;
- “*Tempo di accensione non superiore a 30s*”;
- “*Visibilità remota dell'indagine in tempo reale*”;

e) contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la nota prot. IA.2020.0055866 del 5.11.2020, farebbe chiaro ed espresso riferimento alla valutazione svolta dalla Commissione nel corso della procedura di gara e asseritamente risultante dai relativi verbali; di contro, nei verbali di gara non vi sarebbe traccia della presunta valutazione operata dalla Commissione in relazione alla proposta tecnica della Fremslife.

2.1. Resistono in giudizio Fremslife s.r.l. e Aria s.p.a., che hanno concluso per il rigetto del ricorso.

2.2. Con decreto presidenziale n. 305 del 26.1.2021 è stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

Ciò nondimeno, la fornitura è stata ultimata in data 27.1.2021. In considerazione di ciò la trattazione dell'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado, già calendarizzata per l'udienza del 18.2.2021, è stata abbinata al merito.

2.3. Le parti hanno integrato le proprie tesi e replicato a quelle avversarie, affrontando anche i temi della esecuzione della fornitura e della sostituzione *in executivis* del prodotto offerto, autorizzata da Aria.

3. All'udienza del 22.4.2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. L'appello è fondato e, pertanto, va accolto.

4.1. Preliminarmente, va respinta l'istanza, ai sensi dell'art. 89 cod. proc. civ., di cancellazione di espressioni offensive formulata nella memoria di replica da Aria che ha, altresì, chiesto la condanna dell'appellante al risarcimento danni, dal momento

che le espressioni utilizzate, ancorché talvolta sbilanciate verso accenti polemici, non riflettono, di per se stesse, una diretta intenzionalità offensiva potendo ritenersi contenute nei limiti della *vis oratoria*, in questa sede consentita anche in ragione della stretta strumentalità rispetto alla tesi difensive sviluppate.

5. Quanto al merito, in ossequio al criterio della ragione più liquida, il Collegio reputa condivisibili i motivi di gravame rubricati sub c) e seguenti.

5.1. preliminarmente, deve rilevarsi come la questione dell'obbligatoria indicazione, tra gli altri elementi dell'offerta economica, del costo della manodopera ha trovato recente composizione, anzitutto, nei conferenti *dicta* del giudice comunitario che, con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, ha affermato il seguente postulato: i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di

ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.

Nei suoi principali snodi valutativi la mentovata sentenza ha evidenziato che:

- a) l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo, il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica;
- b) pertanto, qualsiasi operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente si presume a conoscenza dell'obbligo in questione;
- c) la regola opera anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione;
- d) nondimeno, nei casi in cui il bando di gara contenga bensì un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici, ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera, debba demandarsi al giudice del merito la verifica della "materiale impossibilità" di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi - in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti - l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio. In applicazione dei suindicati postulati anche sul versante interno non residuano dubbi sulla piena predicabilità dell'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera (cfr. da ultimo, CdS, Adunanza Plenaria n. 8 del 2 aprile 2020; Consiglio di Stato sez. V, 10/02/2020, n.1008; Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604).

5.2. E' evidente che l'inesigibilità del relativo obbligo deve impingere in fattori impeditivi oggettivi non suscettivi di essere superati attraverso agevoli accorgimenti come ad esempio attraverso la possibilità di veicolare tale indicazione in documenti ulteriori ovvero avvalendosi di altre voci di campo pur contenute nel medesimo modulo editabile (cfr. Cons. St., sez. III, 15 giugno 2020 n. 3773).

Ancor più di recente si è ribadito che la scusabilità dell'omissione (e la conseguente ammissibilità del soccorso) deve ancorarsi alla obiettiva impossibilità pratica di modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta ovvero alla esistenza di una chiara preclusione prescrittiva, che, espressamente vietando la modifica dei documenti unilateralmente predisposti, valga a porre l'operatore concorrente nella situazione di dover inammissibilmente optare per il rispetto della norma generale o, alternativamente, di quella speciale incompatibile (cfr. Cons. St., sez. V, 8 aprile 2021, n. 2839).

5.3. Nel caso in esame vale, anzitutto, evidenziare che il disciplinare di gara, in aderenza alla suindicata previsione normativa di rango primario, recava, al punto 12.3.3., l'esplicita previsione dell'obbligo di indicazione separata dei costi di manodopera, peraltro direttamente rinveniente, come già anticipato, dalla disciplina di settore e, dunque, da ritenersi qui pienamente esigibile.

Di poi, a fronte dell'omissione registrata nell'offerta confezionata da Fremslife, non può ritenersi opponibile la circostanza esimente valorizzata dal giudice di prime cure e consistente nel fatto che il "*Documento d'offerta*" nel sistema SINTEL non recasse il campo "*costi del personale*".

E tanto a cagione del fatto che l'offerta economica si articolava in diversi documenti, tra cui il "Modello di dichiarazione di offerta economica" che, viceversa, recava una voce specifica sul punto, oltre a contenere una parte editabile, e che, però, l'aggiudicataria non ha inteso compilare.

Né è possibile giustificare tale omissione con il fatto che tale documento, nell'economia della disciplina di gara, servisse in via ordinaria a consentire, su basi facoltative, la facoltà di anticipare le “spiegazioni sul prezzo o sui costi” dell’offerta nell’ipotesi in cui fosse risultata anormalmente bassa.

E’, infatti, qui in discussione il distinto profilo sulla possibilità materiale del singolo candidato di veicolare un dato obbligatorio (quello dei costi di manodopera) e da intendersi oramai ampiamente noto agli operatori del settore, possibilità materiale che, alla stregua delle circostanze evidenziate e dei principi suesposti, non può essere revocata in dubbio.

S’imponessa, pertanto, in sede di gara l’esclusione di Fremslife.

6. Parimenti, devono ritenersi condivisibili i rilievi svolti dall’appellante rispetto al capo della decisione appellata riferito allo scrutinio dell’offerta tecnica della Fremslife s.r.l.

6.1. A norma dell’articolo 2 del disciplinare, le caratteristiche tecniche dei 60 ecografi portatili sono declinate in dettaglio dal capitolato tecnico che, all’articolo 2, espressamente prescrive quanto segue “ *Con riferimento a ciascun lotto, i Prodotti da fornire (per il dettaglio consultare nell’Allegato Tabella prodotti, i relativi accessori a corredo ed i servizi connessi alla fornitura) devono rispettare, pena l’esclusione dalla gara, i requisiti minimi e le caratteristiche tecniche, in quanto elementi essenziali, precisati nel successivo paragrafo 2.1.*”.

Orbene, quanto al lotto 2, la richiamata prescrizione capitolare prevede, tra l’altro:

- dotato di sistema di protezione contro urti e intemperie;
- completo di borsa o altro sistema di trasporto e contenimento adatto all’utilizzo sui mezzi territoriali;
- tempo di accensione non superiore a 30s;

Ciascun concorrente, a norma dell’art. 12.3.2. del disciplinare, avrebbe dovuto presentare la propria offerta tecnica:

- indicando a sistema, nell'apposito campo "Codice Prodotto" il marchio e il modello del prodotto offerto;
- allegare a sistema, nell'apposito campo "Scheda tecnica", tutti i documenti di seguito riportati, sottoscritti singolarmente con firma digitale dal legale rappresentante del concorrente o persona munita da comprovati poteri di firma *"Schede tecniche e/ o prospetti illustrativi e/ o relazioni tecniche dei offerti, di quanto offerto, completi di tutte le informazioni necessarie per consentire la verifica dei requisiti minimi indicati nel capitolato tecnico"*.

6.2. E', dunque, di tutta evidenza come la documentazione suddetta avrebbe dovuto fornire una descrizione completa del prodotto offerto onde consentire al seggio di gara di apprezzare il possesso delle caratteristiche di minima richieste, tra cui quelle sopra elencate.

Tanto in ragione del fatto che, coerentemente con la previsione di cui all'art. 2 del capitolato, anche l'articolo 22 del disciplinare includeva, tra le cause di esclusione, le offerte che non possedessero i requisiti minimi stabiliti nel Capitolato Tecnico e l'articolo 13 del medesimo disciplinare, conformemente alla previsione di cui all'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016, precisava che sono sanabili con il soccorso istruttorio le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

6.3. Pur tuttavia, la disamina della detta documentazione, per quanto redatta in lingua inglese, non consente di evidenziare il possesso delle caratteristiche di minima suindicate né sul punto si rivelano di ausilio le generiche osservazioni della Fremslife che si limita ad osservare come non sarebbe stata dimostrata (da Biolive) la mancanza delle informazioni suindicate, senza però che la detta società si sia peritata (così come la stazione appaltante) di indicare dove fossero evincibili pertinenti e diretti richiami alle caratteristiche in argomento.

Né di alcun ausilio, a tal riguardo, si rivela lettura degli atti della commissione.

6.4. E d'altro canto, il giudice di prime cure ha convalidato l'operato della stazione appaltante desumendo *aliunde* la prova dei requisiti in argomento, valorizzando cioè documenti diversi da quelli in cui si articolava l'offerta tecnica e, segnatamente, la generica dichiarazione resa da Fremslife s.r.l. nella parte in cui afferma che *“i prodotti e i servizi offerti rispettano, pena l'esclusione dalla procedura, tutti i requisiti minimi relativi ai prodotti e ai servizi riportati nel Capitolato Tecnico e le eventuali migliorie offerte”*.

6.5. Pur tuttavia, la suddetta statuizione non può di certo essere condivisa in quanto si infrange platealmente con la legge di gara che richiedeva la dimostrazione – attraverso conferente documentazione tecnica descrittiva – il possesso delle caratteristiche di minima richiesta, dimostrazione che la divisata dichiarazione non è in grado di fornire.

Le ragioni che hanno indotto il TAR a privilegiare tale non consentita lettura della legge di gara, vale a dire il fatto che *“le schede tecniche consistono in “documenti descrittivi dei dispositivi e, non essendo creati per la singola gara, possono non contenere tutti i dati tecnici relativi all'appalto”* avrebbero dovuto semmai essere sopperite da prospetti illustrativi e relazioni aggiuntive che recassero, comunque, una descrizione tecnica delle funzioni, qualità e caratteristiche dell'apparecchiatura non evidenziate nel *data sheet*, non potendo di certo a tali fini ritenersi idonea una dichiarazione generica e cumulativa – contenuta peraltro nella dichiarazione di offerta economica - della conformità dell'offerta a tutti i requisiti afferenti ai prodotti ed ai servizi di richiesti, non consentendosi, in tal modo, al seggio di gara di svolgere il necessario scrutinio sull'ammissibilità dell'offerta.

6.6. Né, peraltro, si rivela conferente l'ulteriore argomentazione spesa dal giudice di prime cure ed incentrata sulla previsione di cui all'articolo 5 del capitolato tecnico nella parte in cui prescrive l'espletamento di una apposita verifica di conformità, essendo tale adempimento previsto a valle della selezione qui in rilievo, nella fase di esecuzione.

Tanto è sufficiente all'accoglimento dell'appello con conseguente riforma della decisione di primo grado.

L'avvenuta esecuzione del contratto preclude l'utile esperibilità, in uno all'annullamento dell'aggiudicazione, del rimedio della reintegrazione in forma specifica previa declaratoria dell'inefficacia del contratto, dovendo pertanto qui dichiararsi, ai sensi dell'articolo 34 comma 3 del c.p.a., l'illegittimità degli atti impugnati in primo grado avendo per il resto l'appellante fatto riserva di coltivare in altra sede la tutela risarcitoria per equivalente.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della decisione di primo grado, accoglie nei sensi indicati in parte motiva il ricorso di primo grado.

Condanna Aria s.p.a. e Fremslife s.r.l. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio liquidate, a carico di ciascuna delle suddette parti soccombenti, in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre che, in solido, al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO