

bblicato il 04/02/2020

N. 00875/2020REG.PROV.COLL.

N. 07893/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7893 del 2019, proposto da Labor Baby S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Naccarato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Tagliamento n. 76 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl di Latina, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Valleriani, con domicilio eletto presso lo studio Ds e Associati Studio Legale in Roma, via Livorno n. 6 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Lifetech Care S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego De Carolis, Nico Di Florio, con domicilio eletto presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00527/2019, resa tra le parti, concernente gli esiti della indetta dalla AUSL Latina gara per la fornitura di biberon e tettarelle.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Usl di Latina e della Lifetech Care S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Naccarato, Barbara De Marchis su delega dichiarata di Massimo Valleriani, Diego De Carolis e Nico Di Florio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'odierna appellante ha preso parte alla procedura negoziata sotto soglia indetta dall'Azienda USL di Latina per la fornitura di 68000 biberon completi di ghiera e tettarelle.

Ne è tuttavia stata esclusa, a cagione della ritenuta non corrispondenza del prodotto offerto rispetto alle indicazioni contenute nei chiarimenti resi in ordine ad un requisito tecnico di partecipazione.

2. Più precisamente, il provvedimento di esclusione del 15.2.2019 ha riscontrato nel dispositivo della Labor Baby la presenza di tettarelle *"..poste sopra la ghiera e non sotto la ghiera, come chiarito nell'ambito di una specifica risposta a un quesito formulato e pubblicata sul sito aziendale"*.

3. La Labor Baby ha innanzitutto impugnato in primo grado il provvedimento di esclusione. Quindi ha esteso l'impugnazione, in via derivata, al provvedimento di aggiudicazione comunicatole nelle more del giudizio.

4. Il giudice di primo grado ha dichiarato l'irricevibilità per tardività dei motivi aggiunti aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione, assumendo la decorrenza del termine di decadenza dalla pubblicazione della determina di aggiudicazione sul sito della stazione appaltante e non dalla comunicazione individuale dell'atto all'impresa concorrente esclusa dalla gara.

Nel merito, ha respinto la censura argomentata dalla Labor Baby al fine di sostenere l'illegittimità della interpolazione degli atti di gara operata attraverso l'enucleazione a mezzo di chiarimenti della caratteristica escludente non presente tra gli originari parametri tecnici dell'offerta.

Sempre nel merito, il Tar ha respinto l'ulteriore censura intesa a segnalare la non conformità alle specifiche di gara dell'offerta tecnica formulata dalla controinteressata Lifetech Care (gestore uscente del precedente appalto) e la mancata applicazione nei suoi confronti del principio di rotazione degli inviti.

5. L'atto di appello qui in discussione si fonda su una rivisitazione critica delle statuizioni di primo grado, sia nella parte in cui hanno dichiarato la tardività dei motivi aggiunti, sia nella parte in cui hanno ritenuto giustificati i provvedimenti di esclusione della Labor Baby e di ammissione della controinteressata Lifetech Care S.r.l..

6. Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante AUSL di Latina e la Lifetech Care S.r.l., entrambe controdeducendo alle argomentazioni avversarie e chiedendone la reiezione.

7. La causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 16 gennaio 2020.

DIRITTO

1. Il Tar ha preliminarmente dichiarato l'irricevibilità dei motivi aggiunti, aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 24.4.2019, in quanto notificati in data 17.6.2019, quindi oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione dell'atto, avvenuta in data 8.5.2019, ai sensi dell'art. 53 delle Regole del sistema di E procurement della P.A.

Il primo giudice ha inoltre affermato che la ricorrente, in quanto esclusa dalla procedura, non avrebbe dovuto ricevere comunicazione individuale dell'aggiudicazione definitiva.

1.1. Con il primo motivo di appello, la Labor Baby sostiene che il richiamo all'art. 53 è inconferente, trattandosi di disposizione riferita al documento di stipula del contratto in formato informatico e non alle forme di pubblicazione dell'aggiudicazione. Aggiunge inoltre che, ai sensi dell'art. 76 comma 5 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante deve comunicare d'ufficio *«mediante posta elettronica certificata o strumento analogo» «immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni» «l'aggiudicazione [...] a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione [...]».*

A sua volta, l'art. 120 comma 5 del d.lgs. n. 104/2010 prevede che il termine di decadenza di trenta giorni per impugnare gli atti delle procedure di affidamento - con ricorso o motivi aggiunti - decorre soltanto dalla comunicazione diretta ex art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 (norma oggi abrogata ma traslata nell'art. 76 del d.lgs. n.50/2016); sicché, dal combinato disposto delle due disposizioni si traggono argomenti di diretta smentita dell'asserita tardività dei motivi aggiunti.

1.2. Il mezzo di impugnazione è fondato.

Il dato normativo evincibile dalle disposizioni in materia di termini per l'impugnazione dei provvedimenti concernenti le procedure di affidamento fa coincidere espressamente il *dies a quo* dell'impugnazione con la comunicazione individuale dell'atto di aggiudicazione al partecipante escluso che abbia già impugnato il provvedimento di esclusione o sia in termini per farlo.

Poiché nel caso di specie l'aggiudicazione definitiva è intervenuta il 24.4.2019, in pendenza del giudizio in precedenza instaurato avverso l'atto di esclusione, l'estensione del giudizio attuata attraverso i motivi aggiunti non può ritenersi intempestiva, dovendosi far decorrere il termine per la loro rituale introduzione dalla ricezione dell'e-mail del 23.5.2019, a mezzo della quale la Labor Baby è stata per la prima volta informata dell'atto conclusivo della procedura.

1.3. Dunque, il ragionamento svolto dal primo giudice si rivela errato sotto un duplice punto di vista.

Da una parte, l'affermazione secondo cui *«essendo stata la ricorrente esclusa dalla procedura non doveva essere destinataria della comunicazione personale dell'aggiudicazione definitiva»* è antitetica sia rispetto al testo della norma (art. 76 co. 5 del D.lgs. n. 50/2016) sia rispetto alla sua *ratio*, posto che proprio l'offerente escluso dalla gara ha interesse a impugnare il provvedimento di aggiudicazione e, quindi, ad esserne informato.

Dall'altra, risulta irrilevante ai fini del decorso del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione la «*pubblicazione dell'atto nelle forme digitali ai sensi dell'art. 53 delle Regole del sistema di E procurement della PA*», in quanto il legislatore ha predeterminato e compiutamente disciplinato (attraverso il combinato disposto di cui all'art. 120 comma 5 del d.lgs. n. 104/2010 e all'art. 76 del d.lgs. n. 50/2016) la forma di comunicazione dei provvedimenti di gara dalla quale far decorrere il termine decadenziale.

1.4. Aggiungasi che, con affermazione enucleata in relazione al previgente codice ma traslabile nel nuovo assetto normativo, la giurisprudenza si è espressa in ordine al principio per cui nelle gare pubbliche la pubblicazione della delibera di aggiudicazione di per sé sola non è idonea a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati di cui all'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 (*ex multis*, Cons. Stato sez. III, n. 5859/2018; Id., sez. V, n.5257/2019).

2. Venendo al merito del provvedimento di esclusione, il capitolato generale ha previsto, tra i requisiti tecnici richiesti a pena di esclusione dalla procedura, che la tettarella fosse «*.. completa di ghiera a innesto rapido di fissaggio ai biberon, dotata di capsula di protezione rigida, asportabile e riposizionabile*» (art. 2).

In sede di chiarimenti la stazione appaltante ha poi precisato che «*la tettarella nuda debba essere inserita sotto la ghiera e non sopra la ghiera, per evitare che non si stacchi durante la suzione*».

2.1. Nel respingere il motivo di censura inteso ad evidenziare l'innovatività del profilo escludente introdotto in sede di chiarimenti, il Tar ha sostenuto «*..che la stazione appaltante ha legittimamente chiarito un aspetto relativo al prodotto da offrire che dava luogo a incertezza siccome non espressamente specificato nel capitolato generale, senza modificare le caratteristiche tecniche preventivamente individuate. Invero, per ragioni di ulteriore sicurezza si è precisato che, per i dispositivi oggetto di capitolato, la tettarella doveva essere posta al di sotto della ghiera. Tale chiarimento, unitamente agli altri richiesti è stato regolarmente pubblicato e messo a conoscenza di tutti gli operatori economici interessati ai fini della presentazione dell'offerta compresa la ricorrente, la quale però, ha ritenuto di offrire un prodotto privo del requisito indicato*».

2.2. Obietta la parte appellante che la previsione della *lex specialis* non risultava di «*oggettiva incertezza*» e tale, quindi, da richiedere una «*interpretazione autentica*» da parte della stazione appaltante.

Non sussistevano plausibili ragioni, quindi, perché in sede di chiarimenti la stazione appaltante potesse disattendere le previsioni del bando e del capitolato, fornendo indicazioni diverse da quelle ragionevolmente attese dai concorrenti sulla base delle richieste formulate dalla legge di gara e, in tal modo, pregiudicando il loro legittimo affidamento ad una piana e favorevole applicazione delle clausole qui controverse.

La parte ricorrente invoca la massima giurisprudenziale secondo la quale sono inammissibili i chiarimenti che attribuiscono ad una disposizione del bando un significato ed un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, potendo essi assolvere ad una funzione di mera illustrazione delle regole già formate predisposte dalla disciplina di gara, senza tuttavia poter esplicare alcuna incidenza in termini di modificazione delle condizioni di gara.

Peraltro, l'opzione per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso avrebbe impedito qualunque potere discrezionale in ordine alla valutazione comparativa della qualità delle offerte

pervenute, sicché, anche sotto questo profilo, non sussistevano margini per poter arricchire di contenuti la neutra indicazione desumibile dal testo del capitolato di gara.

2.3. Il motivo è fondato.

Può certamente convenirsi sulla premessa - condivisa da tutte le parti in causa - secondo la quale la legge di gara, nel richiedere a pena di esclusione che la tettarella fosse “*completa di ghiera a rapido fissaggio ai biberon*”, veicolasse la richiesta di dispositivi sicuri sotto il profilo della tenuta della ghiera, quindi in grado di impedire la fuoriuscita del latte.

Le posizioni in causa divergono, invece, nel senso che esse attribuiscono al chiarimento reso dalla stazione appaltante, essendo questo inteso, da parte appellata, come una estrinsecazione meramente esplicativa del senso letterale della previsione capitolare; e, da parte appellante, come una indebita integrazione dei requisiti minimi in origine enucleati nella legge di gara.

2.4. Il Collegio ritiene di dover accordare favore alla seconda delle due tesi in lizza.

Il senso minimo e oggettivamente inequivocabile della previsione del capitolato è quello di imporre la presenza nel dispositivo di una tettarella completa di ghiera fissata al biberon (“*completa di ghiera a innesto rapido di fissaggio ai biberon*”).

Dalla medesima previsione non è dato evincere, invece, quale debba essere il meccanismo di fissaggio e se questo implichi il necessario posizionamento della tettarella sopra o sotto la ghiera.

Entrambe le soluzioni tecniche sono praticabili e la presenza nel mercato di dispositivi dell'uno e dell'altro tipo ne costituisce conferma.

2.5. Neppure può sostenersi che esigenze di sicurezza imponessero come soluzione tecnica obbligata quella presente nel dispositivo poi premiato con l'aggiudicazione: non sussistono, o comunque non sono stati allegati elementi per sostenere che solo un fissaggio di questo tipo garantisca la perfetta tenuta della tettarella e sia in grado di scongiurarne, al massimo grado, il distacco dal biberon. D'altra parte, in un primo momento era stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della fornitura in favore dell'odierna appellante, senza che venisse sollevato alcun rilievo in ordine alla sicurezza del dispositivo; ed il successivo provvedimento di esclusione è conseguito alla riscontrata difformità dell'offerta rispetto alla caratteristica individuata nel chiarimento, ma non anche ad una valutazione qualitativa in ordine alla mancanza di tenuta e di sicurezza del biberon offerto dalla Labor Baby.

2.6. Ne viene che il chiarimento non ha assunto una funzione neutrale e meramente esplicativa di un contenuto implicito della clausola del capitolato; al contrario, esso ha introdotto un elemento addittivo che ha modificato la portata del requisito tecnico, restringendo la platea dei potenziali concorrenti al più circoscritto sottoinsieme degli operatori in grado di offrire biberon muniti di tettarella fissata con ghiera soprastante.

In tal modo, non si è avuto l'effetto di esplicitare il significato (in ipotesi ambiguo od oscuro) della *lex specialis*, bensì di modificare inammissibilmente l'oggetto della prescrizione, mutandone strutturalmente il contenuto ed il senso, così integrando in termini restrittivi il requisito di cui al capitolato di gara.

2.7. L'operato della stazione appaltante ha quindi contravvenuto al principio invalso nella materia delle pubbliche gare secondo il quale i chiarimenti, se trasparenti e tempestivi, possono, a

determinate condizioni, dare luogo ad una sorta di interpretazione autentica, purché in nome della massima partecipazione e del principio di economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 781/2018).

Esaminando una fattispecie raffrontabile, in quanto anch'essa incentrata su una ipotesi di chiarimento "restrittivo" (inteso cioè a circoscrivere la portata di un requisito originariamente delineato in senso più ampio), altra sezione di questo Consiglio di Stato ha concluso per l'inammissibilità di una tale operazione manipolativa, sostenendo che *"i chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost."* (Cons. Stato, sez. v, n. 6026/2019).

In termini più generali, vale richiamare l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale *"le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)"* (Cons. Stato, V, n. 4307/2017).

2.8. Alla stregua di quanto sin qui esposto, risulta fondato il motivo in esame e, specularmente, infondato il rilievo svolto dalla controinteressata nel senso della inammissibilità/irricevibilità dell'impugnativa di primo grado, conseguente alla mancata impugnazione dei chiarimenti resi in sede di gara dalla stazione appaltante, in quanto recanti previsioni asseritamente preclusive alla partecipazione della Labor Baby e, quindi, immediatamente lesive dei suoi interessi (v. memoria Lifetech del 27.12.2019, pagg. 3 e 4).

Al di là della irrituale deduzione della eccezione (non rinnovata nel termine perentorio di cui all'art. 101 c.p.a.), proprio perché i chiarimenti non hanno la capacità di modificare la legge di gara e i termini e le condizioni di partecipazione alla stessa, nessun onere di impugnazione autonoma - e tantomeno immediata - si è venuto a determinare in capo alla Labor Baby; sicché, i vizi della errata interpretazione della legge di gara si sono riverberati sulla legittimità del provvedimento di esclusione, consentendone una autonoma impugnazione.

3. Nel ricorso introduttivo del primo grado di giudizio, la società Labor Baby S.r.l., al fine di minare la legittimità del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata, ha contestato la conformità della relativa offerta tecnica e ha lamentato la violazione dei principi di massima apertura al mercato e di tutela della *par condicio* tra i concorrenti, i quali a suo dire avrebbero dovuto imporre alla stazione appaltante di escludere dagli inviti la Lifetech in quanto affidatario del servizio uscente o, al più, di motivare le specifiche ragioni che avrebbero potuto giustificare tale deroga.

3.1. Sotto il primo profilo, la ricorrente ha sollecitato il sindacato giurisdizionale in ordine alla metodica di sterilizzazione dichiarata dalla controinteressata Lifetech Care in sede di presentazione dell'offerta. Si tratterebbe, a suo dire, di una modalità di sterilizzazione difforme dai requisiti

minimi imposti dalla legge di gara, in quanto essa prevede l'utilizzo di ossido di etilene, un gas biocida che, secondo le raccomandazioni rese dal Ministero della Salute e secondo le stesse previsioni del capitolato di gara, non potrebbe essere utilizzato per sterilizzare i biberon destinati a neonati a termine.

3.2. In ordine a tale contestazione, occorre sottolineare quanto motivato dal Tar ovvero che *“da caratteristiche tecniche riportate nella documentazione presentata dalla società Lifetech Care, si evince che alla voce "sterilizzazione-sterilisation" è descritto "sterile raggi", metodica perfettamente rispondente ai requisiti richiesti dal capitolato e ulteriormente precisato nei chiarimenti”*.

3.3. La parte appellante si è limitata a contrastare tale motivazione, censurandola come meramente recettiva delle tesi della controinteressata: nulla è stato dedotto, tuttavia, in merito alla fondatezza dei dati e degli argomenti in essa contenuti i quali, indipendentemente dalla loro fonte, appaiono idonei a smentire in punto di fatto il costrutto posto a base della censura.

Il motivo, nella sua formulazione, ancora prima che infondato è dunque inammissibile, in quanto privo di un contenuto deduttivo realmente in grado di sottoporre a critica il capo decisivo contestato; esso va comunque respinto anche nel merito, in quanto privo di allegazioni idonee a contrastare i dati adottati dalla controparte e recepiti dal Tar.

3.4. Quanto al principio di rotazione, il giudice di prime cure ne ha escluso l'applicabilità laddove il nuovo affidamento avvenga, come nel caso di specie, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (v. §18 della sentenza n. 527/2019).

Il principio è stato di recente confermato da questo Consiglio (sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539) sul rilievo che anche *“alla stregua delle Linee guida n. 4 A.N.A.C., nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 (v. in part. il punto 3.6), deve ritenersi che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti”*.

4. Per le ragioni esposte l'appello va accolto in relazione ai soli profili di cui al punto 2), con conseguente accoglimento *in parte qua* del ricorso di primo grado, come integrato dai motivi aggiunti.

5. Oltre alla richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati (esclusione e aggiudicazione), va accolta anche la richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto intervenuto a valle della procedura di gara, in quanto stipulato in data 1.5.2019, quindi in violazione del termine dilatorio (di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione) previsto dall'art. 32 comma 9 del d.lgs. n. 50\2016. Ciò impone a questo Giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c) c.p.a., con decorrenza limitata alle prestazioni ancora da eseguire.

6. La tutela in forma specifica conseguente alla caducazione degli atti impugnati, reintegrando la parte appellante nell'aspettativa al conseguimento della agognata commessa, sterilizza, al momento, l'interesse al risarcimento per equivalente pure invocato in aggiunta o in alternativa alla domanda impugnatoria. È naturalmente fatta salva la riproposizione della domanda risarcitoria per quei profili di utile, allo stato non determinabili, che comunque dovessero residuare all'esito del rinnovamento del segmento procedimentale oggetto di annullamento.

7. L'andamento della lite (attestatosi su un esito di parziale fondatezza delle censure mosse dalla ricorrente) e la particolarità delle questioni affrontate giustificano l'integrale compensazione delle spese con riguardo ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza:

- accoglie il ricorso di primo grado come integrato dai motivi aggiunti e annulla gli atti con essi impugnati, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- dichiara l'inefficacia del contratto nelle more stipulato tra AUSL Latina e Lifetech Care s.r.l., nei sensi e nei termini di cui in motivazione;
- compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO