

N. 01245/2011REG.PROV.COLL.
N. 03969/2010 REG.RIC.
N. 04155/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3969 del 2010, proposto da:

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Della Valle, Guido Salvadori Del
Prato, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Della Valle in Roma,
piazza Mazzini, 8;

contro

Abbott Srl, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa
dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso il medesimo in
Roma, largo Arenula,34;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale N. 1 Imperiese;

sul ricorso numero di registro generale 4155 del 2010, proposto da:

Azienda Unita' Sanitaria Locale N. 1 "Imperiese", in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Anna Lagonegro,

Ernesto Lavatelli, con domicilio eletto presso l'avv. Anna Lagonegro in Roma, via Boezio, 92;

contro

Abbot S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, largo Arenula, 34;

nei confronti di

Johnson & Johnson Medical S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Della Valle, Guido Salvatori Del Prato, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Della Valle in Roma, piazza Mazzini, 8 - Sc. C;

per la riforma

quanto al ricorso n. 3969 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Liguria - Genova: Sezione II n. 01792/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO FORNITURA SISTEMA COMPLETO PER IMMUNOMETRIA.

quanto al ricorso n. 4155 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Liguria - Genova: Sezione II n. 01792/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO FORNITURA SISTEMA COMPLETO PER IMMUNOMETRIA.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Abbott Srl e di Johnson & Johnson Medical S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2010 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Della Valle e Di Gravio, quest'ultimo per delega dell'Avv. Di Bonito e Lagonegro;

La Abbott s.r.l. impugnava dinanzi al Tar per la Liguria l'aggiudicazione da parte dell'Azienda Sanitaria Imperiose dell'appalto per la fornitura del sistema completo per immunometria da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso in favore della Johnson & Johnson, per non avere questa unito all'offerta economica l'allegato 3 – schema offerta, consistente in un prospetto riepilogativo per il raffronto economico, da compilarsi a pena di esclusione secondo le prescrizioni della lex specialis. Si costituiva la controinteressata, proponendo altresì ricorso incidentale per l'annullamento della clausola espulsiva per violazione del principio di ragionevolezza e di proporzionalità tra la sanzione dell'esclusione e la funzione del documento., non comportante alcun vantaggio per la stazione appaltante, data la presenza degli elementi oggetto di riepilogo nell'offerta economica.

Il Tar ha accolto il ricorso sul rilievo dell'autovincolo all'esclusione contenuto nella clausola, respingendo il ricorso incidentale data la funzione agevolatrice per l'amministrazione del raffronto tra le offerte e l'assenza di aggravio per la concorrente nella compilazione dell'offerta.

Propongono appello sia la controinteressata che l'Azienda Sanitaria.

La prima sostiene che erroneamente il Tar non avrebbe considerato che il prospetto riepilogativo non faceva parte dell'offerta economica e che, pertanto, la sua mancanza non poteva sanzionarsi con l'esclusione allorché l'offerta economica contenesse tutti i dati di cui al riepilogo ovvero tutti i fattori di calcolo per l'effettuazione dell'operazione inserita nel riepilogo, dovendosi le clausole di esclusione interpretarsi secondo criteri di ragionevolezza, in vista del perseguimento dell'interesse generale all'aggiudicazione al prezzo più conveniente, e secondo il canone dell'utilità. Ha quindi insistito nella riforma della sentenza e nell'accoglimento del proprio ricorso incidentale per sproporzione ed irragionevolezza della clausola di esclusione.

L'amministrazione appella la decisione sostenendone l'erroneità a causa

della possibilità per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la rilevanza dell'inadempimento e la sua incidenza sulla procedura selettiva, la natura semplicemente riepilogativa e non integrativa dello schema , la duplicità di prescrizioni , l'inutilità del riepilogo ai fini della selezione, data la presenza dei dati in esso riportati nell'offerta economica.

Si è costituita la controinteressata in relazione ad entrambi i ricorsi, resistendo alle impugnative, in particolare ribadendo l'obbligo per l'amministrazione di attenersi , senza alcuna valutazione discrezionale, alle clausole di gara, specie quando esse comminino espressamente un'esclusione nell'interesse alla trasparenza della procedura e della par condicio tra i concorrenti, insistendo sulla utilità della clausola e sulla congruità della sanzione comminata.

Le parti hanno depositato memorie in prossimità dell'udienza di discussione.

All'udienza pubblica del 21 dicembre 2010 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

Preliminarmente, occorre procedere alla riunione degli appelli perché proposti avverso la medesima sentenza ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

La clausola espulsiva su cui si controverte ha il seguente tenore : “NB. All'offerta economica dovrà essere unito l'Allegato 3)-SCHEMA OFFERTA (Prospetto riepilogativo valido per il raffronto economico ai fini dell'aggiudicazione), compilato, a pena di esclusione , in tutte le parti”.L'Allegato 3 riporta una tabella in cui vanno inseriti gli importi, in cifre ed in lettere, dei prodotti, del canone di noleggio delle strumentazioni, dell'importo globale sia dei prodotti che del canone, del costo medio a test e dell'importo globale. Tali importi sono altresì riportati nell'offerta economica in cui , a pena di esclusione dalla gara, il disciplinare prevede l'indicazione, tra gli altri, del prezzo unitario dei prodotti e della fornitura annuale dei prodotti e l'importo annuo complessivo della fornitura, ossia

del canone di noleggio e della fornitura dei prodotti.

Aderendo alla censura formulata dalla controinteressata con il ricorso incidentale, respinta dal Tar sul rilievo che la compilazione della scheda non costituirebbe un aggravio nella redazione dell'offerta e riproposta in chiave impugnatoria in grado di appello, il Collegio giudica illegittima la clausola del disciplinare che prevede la sanzione espulsiva per la mancata compilazione di una scheda riepilogativa contenente i medesimi elementi – con la sola ulteriore indicazione del prodotto tra i prezzi per anno ed il numero degli anni della fornitura (7) e del costo medio a test - già riportati nell'offerta economica, da compilarsi secondo l'indicazione del disciplinare sempre a pena di esclusione, rispondente al solo scopo di agevolare il raffronto tra le offerte.

Invero, secondo piani principi da cui il Collegio non intende discostarsi, l'esclusione da una gara pubblica può essere disposta ogniqualvolta il concorrente abbia violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti. La carenza essenziale del contenuto o delle modalità di presentazione che giustifica l'esclusione deve, in primo luogo, riferirsi all'offerta, incidendo oggettivamente sulle componenti del suo contenuto ovvero sulle produzioni documentali a suo corredo dirette a definire il contenuto delle garanzie e l'impegno dell'aggiudicatario, in rispondenza ad un interesse sostanziale della stazione appaltante (Cons. Stato Sez. V, 11.12.2007, n. 6410). Come già affermato (Cons. St. Sez. V, 12.7.2004, n. 5049; Sez. VI, 8.3.2010, n. 1305), il canone dell' "utilità" delle clausole e della necessità di evitare inutili appesantimenti nonché di garantire in massimo grado la partecipazione dei concorrenti, nel rispetto della par condicio, costituisce metodo operativo ed interpretativo irrinunciabile, sicchè in presenza della duplicità di prescrizioni e dell'inutilità di indicazioni già contenute nell'offerta (ovvero facilmente calcolabili con una semplice operazione

aritmetica) la sanzione espulsiva prevista per la mancata compilazione , preordinata al solo raffronto visivo dei dati già contenuti nelle offerte e non rispondente ad un reale interesse sostanziale, deve ritenersi illegittimamente preclusiva della partecipazione di un aspirante in quanto in contrasto con i principi della ragionevolezza e della proporzionalità .

Rispetto alla riconosciuta inutilità della prescrizione e sproporzione della sanzione espulsiva, assume un rilievo secondario la circostanza , valorizzata dal primo giudice, secondo cui detta compilazione non aggraverebbe il concorrente nella presentazione dell'offerta. Utilizzare come parametro di legittimità la gravosità dell'incombente rischia di distorcere – a danno dello stesso interesse dell'amministrazione aggiudicatrice- il reale obiettivo che deve essere preso di mira , costituito dalla funzione che la prescrizione e la sanzione previsti dalla legge di gara svolgono per l'interesse sostanziale della stazione appaltante.

Dall'illegittimità della previsione espulsiva, che, in applicazione del principio “vitiatur sed non vitiat”, trattandosi di previsione accessoria, non inficia, per il resto, la lex specialis, discende l'impossibilità di qualificare l'esclusione come conseguenza di un autovincolo per l'amministrazione e , pertanto, la facoltà per quest'ultima di valutare discrezionalmente l'incidenza dello schema sulla procedura selettiva, considerando rispondenti alla legge di gara i dati già presenti nell'offerta economica, come nella specie avvenuto .

Conclusivamente, gli appelli vanno accolti e, in integrale riforma della sentenza di primo grado, deve essere respinto il ricorso principale di primo grado ed accolto quello incidentale.

Sussistono tuttavia giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

riunisce gli appelli N.R.G. 3969/2010 e N.R.G. 4155/2010;

accoglie gli appelli e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso principale di Abbitt s.r.l. ed accoglie quello incidentale di Johnson & Johnson Medical s.p.a.

Compensa integralmente 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 21 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Eugenio Mele, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)