

N. 01307/2016REG.PROV.COLL.

N. 08635/2015 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 8635 del 2015, proposto dalla società Elettronica Bio Medicale S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con le società Agfa Gevaert S.p.A., Adiramef S.r.l. e Philips S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli e Fabrizio Cataldo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Tufarelli in Roma, Via Ennio Quirino Visconti, n. 20;

contro

l'Azienda ospedaliera di rilievo nazionale Santobono Pausilipon, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Gherardo Marone, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Luigi Napolitano in Roma, Via Sicilia, n. 50;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, Sezione di Napoli, Sezione V, n. 4468 del 14 settembre 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda ospedaliera di rilievo nazionale Santobono Pausilipon;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2016 il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Fabrizio Cataldo e Gherardo Marone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso al T.a.r. per la Campania n.r.g. 2544 del 2015, la società Elettronica Bio Medica S.r.l. (d'ora innanzi, anche EBM) ha impugnato l'esclusione del costituendo R.T.I. in epigrafe dalla gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione full risk delle tecnologie biomediche dell'Azienda ospedaliera di rilievo nazionale Santobono Pausilipon, indetta da quest'ultima con bando pubblicato in G.U.R.I. in data 6 agosto 2014.

1.2. - L'esclusione della ricorrente (e di altra concorrente) è motivata dal fatto che alcune voci in cui si articolava l'offerta economica sono pari a zero. La Commissione, esaminata la questione nella seduta riservata del 18 marzo 2015, ha ritenuto di uniformarsi al precedente di questa Sezione n. 177 del 1 gennaio 2013, richiamando anche un parere dell'A.N.A.C. del 21 gennaio 2015.

1.3. - Il ricorso al T.a.r. era affidato ad unico, articolato motivo: violazione della disciplina di gara, del principio di tassatività e tipicità delle cause di esclusione (art. 46, commi 1 bis e 1 ter, del D. Lgs. 163/2006), del favor participationis e del principio di buon andamento della P.A.; distorta applicazione della legge di gara; violazione del criterio di ragionevolezza; eccesso di potere; violazione del principio "dell'autovincolo".

2. - La sentenza in epigrafe ha respinto il ricorso compensando le spese di giudizio.

2.1 - Il T.a.r. ha ritenuto (dopo aver esaminato due diversi indirizzi giurisprudenziali, in accordo al precedente di questa Sezione del 15 gennaio 2013, n. 177 richiamato dalla stessa Commissione) che la modalità seguita dalla ricorrente nella redazione dell'offerta determina l'esclusione in quanto rende inapplicabile la formula matematica stabilita dalla *lex specialis*, ovvero l'attribuzione del punteggio più alto all'offerta più bassa e, proporzionalmente, punteggi inferiori alle altre offerte. Ciò renderebbe irrilevante il fatto che la *lex specialis* non precluda espressamente di formulare una siffatta offerta.

La sentenza afferma che "*un'offerta economica pari a zero, anche con riguardo ad una sola delle sottovoci in cui risulta strutturata dalla stazione appaltante, equivale a mancata offerta economica, essendo questa priva di un elemento essenziale, in conformità al disposto dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti (introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70 convertito con l. n. 106 del 2011)*".

Inoltre, la sentenza afferma che la presentazione di offerte pari a zero costituisce elemento idoneo ad influenzare in concreto gli esiti della gara e si configura anche come fattore di rischio per comportamenti collusivi (in alcun modo ravvisabili nello specifico, ma in astratto ipotizzabili).

La sentenza ha, quindi, escluso un preteso dovere dell'Amministrazione di "correggere" il valore nullo, attribuendo un valore infinitesimale e simbolico allo stesso.

3. - Propone appello la società deducendo l'erroneità della decisione.

3.1. - Col primo motivo, EBM sostiene che sarebbe praticabile la soluzione consistente nel sostituire virtualmente allo zero delle voci in questione il c.d. "nummo uno", un numero infinitesimale diverso dallo zero, che permette l'operatività della formula matematica prevista per la valutazione dell'offerta senza incidere, allo stesso tempo, sul valore sostanziale dell'offerta economica.

3.2. - Col secondo motivo, l'appellante contesta che l'offerta così strutturata sia mancante di un elemento essenziale, visto che si tratta di voci marginali; né ricorrerebbe alcuna causa di esclusione, "normativa" o "amministrativa", di cui all'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici.

3.3. - Col terzo motivo, l'appellante ritiene che avrebbe dovuto applicarsi il principio comunitario della tutela dell'affidamento e non sarebbe corretto che il T.a.r. giudichi irrilevante il fatto che la *lex* di gara non precluda espressamente di formulare questo tipo di offerta.

3.4. - Col quarto motivo, denuncia la mancata applicazione di vari principi che avrebbero dovuto controbilanciare la scelta di escludere l'offerta: la par condicio, il principio della massima partecipazione, l'autovincolo, il criterio di economicità, il principio di proporzionalità, logicità e ragionevolezza.

3.5. - Col quinto motivo, si deduce l'erroneità della considerazione che gli altri concorrenti riporterebbero un punteggio pari a zero e del rischio di arbitrarietà connesso alla possibilità di sostituire allo zero altro numero.

3.6. - Col sesto motivo, si lamenta che il T.a.r. non si sarebbe pronunciato sulla censura circa la mancata attivazione del soccorso istruttorio.

3.7. - Infine, EBM chiede che la questione all'esame venga deferita all'Adunanza Plenaria.

4. - L'Azienda ospedaliera si è costituita in giudizio, con memoria depositata il 3 novembre 2011.

5. - All'udienza del 4 febbraio 2016, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non merita accoglimento.

Tutti i motivi formulati dall'appellante tendono a dimostrare, con varie argomentazioni, l'ammissibilità dell'offerta, potendo la Commissione ricorrere ad un'applicazione della formula matematica secondo criteri di ragionevolezza e in virtù del *favor participationis*, in modo da conseguire un risultato utile, ossia sostituendo il prezzo zero con un valore minimo senza snaturare l'offerta migliore, in ossequio ai principi della massima partecipazione alle gare, di ragionevolezza e proporzionalità, di tassatività delle cause di esclusione.

Tali argomenti non sono condivisibili.

2. - La questione che si sottopone all'esame del Collegio ha dato luogo in giurisprudenza a due diverse soluzioni.

Un indirizzo ha giudicato ammissibile l'offerta, esponendo argomenti cui si è ispirata la tesi dell'appellante (Cons. St., sez. VI, 17 settembre 2009 n. 5583, sez. V, n. 3435 del 2007 e sez. VI, n. 8146 del 2004, ivi citate).

L'altro indirizzo, invece, ha ritenuto inammissibile l'offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 16 luglio 2010 n. 4624; sez. III, 15/01/2013, n. 177).

2.1. - Il Collegio ritiene convincente l'orientamento già espresso da questa Sezione col richiamato precedente n. 177 del 15 gennaio 2013, concernente un'ipotesi analoga.

2.2. - Invero, l'offerta economica in cui alcune voci sono uguali a zero va considerata alla stregua di una "*mancata offerta*" in quanto non conforme alla *lex di gara* e, pertanto, è inammissibile.

2.3. - Il disciplinare della gara in questione, dopo avere elencato le voci dell'offerta, all'art. 8 B prevede che tutti i punteggi parziali siano attribuiti secondo la formula proporzionale con l'attribuzione del punteggio più alto all'offerta più bassa, ovvero al ribasso più alto, e proporzionalmente punteggi inferiori alle altre offerte.

L'art. 7.3 e l'allegato 4 al disciplinare prevedono che l'offerta indichi, oltre al prezzo della gestione per il primo anno (in termini unitari), per gli anni successivi il "canone base di gestione", il "canone per i materiali consumabili" (in termini percentuali), il "prezzo per la sola gestione", "un'offerta per il collaudo", "un'offerta per i controlli funzionali" (in termini unitari).

Per il "canone base", il "canone consumabili" e il "prezzo per la gestione" si prevede che l'offerta sia formulata con riferimento a cinque categorie di apparecchiature, cui corrisponde un relativo sub punteggio.

La formula di valutazione presuppone un valore positivo per ciascuna voce e sub voce, ossia che per quanto bassissima, l'offerta sia, comunque, superiore allo zero.

La ricorrente ha scelto di indicare il punteggio zero per tre voci dell'offerta, disattendendo la previsione del disciplinare; pertanto, andava esclusa.

2.4. - Poiché la stazione appaltante aveva ritenuto, in quanto a suo avviso rilevante, di scomporre l'offerta in voci (e alcune in sub-voci) e indicato il criterio di valutazione, la Commissione era vincolata al rispetto di tale regola.

E' principio consolidato quello secondo cui è precluso alla Commissione l'intervento manipolativo sulle offerte, salvo i casi di errore materiale.

Il rispetto rigoroso dei criteri di ammissione e aggiudicazione predeterminati dalla Stazione appaltante ha la funzione di evitare che si possano determinare parzialità nelle operazioni, sicché l'integrazione da parte della Commissione giudicatrice degli elementi tecnici ed economici di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* è consentita solo eccezionalmente, a condizione che: a) non siano modificati i criteri di valutazione stabiliti da detta *lex specialis*; b) non sia influenzata la preparazione delle offerte; c) non siano introdotte discriminazioni a danno dei concorrenti (Consiglio di Stato, sez. V, 06/05/2015, n. 2267).

In definitiva, il rispetto rigoroso delle regole di gara rappresenta la garanzia migliore di attuazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, par condicio e trasparenza e va, ad avviso del Collegio, osservato anche in situazioni come quella in esame (che non ricade nelle ipotesi eccezionali sopra ricordate) in cui la correzione infinitesimale di alcune voci dell'offerta non comporterebbe un sostanziale stravolgimento del suo valore economico, ma comporterebbe una diversa graduatoria definitiva.

Va tenuto presente, tra l'altro, che anche l'offerta di altra concorrente esclusa è stata formulata in modo analogo a quella della ricorrente; l'accoglimento della tesi della società appellante non rispetterebbe il principio di parità di trattamento, né l'obbligo di trasparenza che ne deriva, né il principio di affidamento (erroneamente invocato solo a proprio favore).

In tale quadro, è evidente che recede anche l'invocato principio della massima partecipazione.

2.5. - E'irrelevante, inoltre, il fatto che la *lex specialis* non precludesse espressamente di formulare una siffatta offerta, considerato altresì che la Commissione di gara non ha introdotto una non prevista clausola di esclusione o di incompatibilità, bensì ha giustamente sanzionato, in conformità al disposto dell'art. 46, co. 1 bis, del codice dei contratti (introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70 conv. con l. n. 106 del 2011) il difetto di un elemento essenziale dell'offerta economica per come strutturata dalla stazione appaltante, la cui essenzialità è resa specificamente manifesta proprio dall'approntamento della formula matematica di valutazione.

2.6. – Per quanto sin qui detto, in assenza nella *lex specialis* di previsioni favorevoli alla prospettazione della società, non è configurabile un preteso dovere dell'Amministrazione di "correggere" il valore nullo in applicazione del principio di conservazione degli atti di gara o di ragionevolezza.

A tal proposito, giova ribadire che non è dato alla Commissione alcun potere di modifica delle offerte in base a non codificati e soggettivi criteri di ragionevolezza, dovendo essa limitarsi ad accertare eventuali inosservanze delle regole di gara.

2.7. - Quanto al motivo con cui si denuncia l'omessa pronuncia circa la mancata attivazione del soccorso istruttorio, il Collegio osserva che, comunque, la censura non è fondata.

Il soccorso istruttorio è applicabile solo alle dichiarazioni carenti, non in caso di offerta economica carente: dopo la sua presentazione, l'offerta non è modificabile dalla parte; né, a maggior ragione, la stazione appaltante potrebbe sollecitarne la modifica.

3. - Infine, la società appellante chiede di deferire la questione di diritto all'Adunanza Plenaria, considerato il contrasto giurisprudenziale esistente.

Il Collegio non ritiene opportuna la rimessione all'Adunanza plenaria essendo la decisione conforme al più recente indirizzo interpretativo espresso sull'argomento da questa stessa Sezione e condiviso per le argomentazioni sopra svolte (Sez. III, n. 17772013); né potendosi considerare consolidato l'orientamento interpretativo di segno contrario invocato dall'appellante.

Nel processo amministrativo le ipotesi di deferimento della causa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sono solo due, e cioè quella facoltativa di cui all'art. 99 comma 1, c.p.a., che ricorre quando la Sezione riscontri un contrasto di giurisprudenza reale o potenziale e non intende seguire l'indirizzo consolidato, e quella obbligatoria di cui all'art. 99 comma 3, c.p.a., quando la Sezione intende rimettere in discussione un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza plenaria.

4.- Il Collegio ravvisa i presupposti per la compensazione tra le parti delle spese di 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 respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2016

IL SEGRETARIO

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