

Consiglio di Stato, sezione III, sentenza n. 1369 del 3 marzo 2011

Affidamento di servizi con procedura negoziata – Obbligo di pubblicità delle sedute pubbliche ai sensi dell'art. 2 del D.lgs. 163/06

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 n. 7295/2010 RG, proposto dal CONSORZIO EVOLVE, corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati , con domicilio eletto in Roma,,

contro

l'Azienda sanitaria locale–ASL n. 8 di Cagliari, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto in Roma, via ..., presso la sig. e

nei confronti di

GEOS s.r.l., corrente in Cagliari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata ed appellante incidentale, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio eletto in Roma, via,

per la riforma

della sentenza del TAR Sardegna, sez. I, n. 1487/2010, resa tra le parti e concernente l'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento della gestione della logistica di beni sanitari e di beni economici presso l'ASL n. 8 di Cagliari;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intime;

Visti gli atti tutti della causa;

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

Relatore all'udienza pubblica del 4 febbraio 2011 il Cons. Silvestro Maria RUSSO e uditi altresì, per le parti, gli avvocati (per delega dell'avv.),

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

A seguito di un infruttuoso esperimento di gara pubblica, l'ASL n. 8 di Cagliari, con deliberazione n. 1353 del 21 dicembre 2007, iniziò una procedura aperta, senza previa pubblicazione di bando per l'affidamento quinquennale della gestione della logistica di beni sanitari e di beni economici.

Alla procedura stessa hanno preso parte il Consorzio EVOLVE, corrente in Roma e la GEOS s.r.l., corrente in Cagliari, l'offerta della quale è stata esclusa, donde l'affidamento dell'appalto *de quo* al predetto Consorzio. Avverso gli atti di tal procedura, la GEOS s.r.l. ha adito il TAR Sardegna che, con sentenza n. 1487 del 14 giugno 2010, ne ha accolto il ricorso per la violazione del principio di pubblicità delle operazioni e per illegittima composizione del seggio di gara.

Appella allora il Consorzio EVOLVE, deducendo in punto di diritto la tardività dell'impugnazione della GEOS s.r.l., il difetto di legittimazione di questa, definitivamente esclusa dalla procedura negoziata, a contestarne le ulteriori fasi e l'aggiudicazione e, nel merito, l'erroneità della sentenza impugnata sotto vari profili. Resiste in giudizio l'ASL intimata, la quale eccepisce l'inammissibilità dell'appello a causa dell'intervenuta revoca della procedura negoziata e, nel merito, conclude per l'infondatezza dell'impugnazione. Pure la controinteressata GEOS s.r.l. s'è costituita in giudizio, proponendo altresì appello incidentale per l'erroneità

della sentenza appellata sul motivo di primo grado inerente alla mancata esclusione del Consorzio EVOLVE dalla procedura *de qua*.

Alla pubblica udienza del 4 febbraio 2011, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

Con la sentenza appellata, l'adito TAR Sardegna ha annullato gli atti della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando (nonché la conseguente aggiudicazione statuita dall'ASL n. 8 di Cagliari a favore del Consorzio odierno appellante), essenzialmente per la duplice ragione, valida anche per le procedure in esame, della violazione del principio di pubblicità della seduta per l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e dell'illegittima composizione del seggio di gara.

Reputa il Collegio opportuno in primo luogo far presente che, nelle more del presente giudizio, l'ASL intimata ha emanato la deliberazione n. 841 del 3 agosto 2010, con cui è stata interamente ritirata detta procedura, soprattutto per ragioni di mercato. Non sfugge al Collegio che, di per sé, tal provvedimento potrebbe costituire una sopravvenienza idonea a travolgere l'interesse del Consorzio appellante, a causa del rifacimento *ab imis* d'una nuova procedura, questa volta competitiva, per ragioni non strettamente inerenti alle vicende di causa. Ritiene tuttavia il Collegio, condividendo in parte l'eccezione dell'appellante al riguardo, che nella specie tal effetto non si verifichi giacché, per un verso, la deliberazione n. 841/2010 è allo stato *sub iudice* e, per altro verso —ed ancorché la P.A. possa, in varia guisa e se non è decaduta dalla relativa potestà, sempre rivalutare la fattispecie dedotta in un giudizio in cui essa è intimata—, permane attuale l'interesse di detto Consorzio, se del caso ai fini morali e risarcitori, ad ottenere una pronuncia sulla questione in esame. In tal caso —e proprio perché l'eventuale accoglimento dell'appello potrebbe determinare effetti conformativi pure sull'assetto recato dalla

citata deliberazione n. 841/2010—, non vi sono oggi i presupposti per statuire sull'inammissibilità della pretesa dell'appellante o per emanare una pronuncia di rito ex art. 35, c. 1, lett. c), c.p.a.

Ciò posto, è inammissibile, per evidente genericità, il primo motivo con cui il Consorzio appellante si duole dell'erronea ammissibilità, per tardività, del ricorso di primo grado.

Invero, l'appellante non spiega perché tanto il ricorso introduttivo, quanto i motivi aggiunti a suo tempo proposti dalla Società odierna controinteressata sarebbero inammissibili per tardività ed irritualità della notifica e del relativo deposito, né su quali documenti basi tal convinzione. Si legge nell'appello che «... *la Geos s.r.l. (ricorrente in prime cure – NDE) ha proposto un primo ricorso agli inizi del mese di febbraio 2009, poi, depositato il 24-03-2009 ...*», ossia l'atto introduttivo del giudizio innanzi al TAR. Ma quest'ultimo è stato notificato alle parti, a suo tempo in base agli artt. 21 e 23-bis della l. 6 dicembre 1971 n. 1034 prima della novella recata dal Dlg 20 marzo 2010 n. 56 all'art. 245 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, in data 11 febbraio 2009 e poi depositato il successivo giorno 20, in una con l'istanza di fissazione dell'udienza e con le cartoline di ricevimento della notifica stessa. Il successivo 24 marzo v'è stato il deposito dell'atto per motivi aggiunti, a sua volta accompagnato, con documento distinto, del secondo originale del ricorso introduttivo con la prova delle avvenute notificazioni, adempimenti, questi, che appaiono tempestivi rispetto alla piena conoscenza delle due statuizioni interessanti la predetta Società, ossia l'esclusione (gravame introduttivo) ed aggiudicazione (motivi aggiunti).

È da rigettare il secondo motivo d'appello, secondo cui difetterebbe la legittimazione al ricorso di primo grado, essendo stato proposto, a detta dell'appellante, da un'impresa già definitivamente esclusa dalla procedura negoziata in questione, prima e indipendentemente dalle ulteriori fasi (tra cui la contestata

aggiudicazione), sicché questa non vanterebbe alcun interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Ora, l'impugnata sentenza, pronunciata per una procedura dov'erano presenti due soli concorrenti, ha invece ritenuto sussistente l'interesse strumentale della GEOS s.r.l., in relazione agli accertati vizi della mancata pubblicità della seduta per l'apertura dei plichi contenenti le offerte e dell'illegittima composizione del seggio di gara. Si tratta di due illegittimità che inficiano non solo l'aggiudicazione, ma soprattutto l'esclusione in sé, perché concernono fasi procedurali relative alla conduzione dell'intera procedura ed alla corretta formazione del giudizio del seggio di gara e, come tali, sono presupposte all'esclusione medesima. Il Giudice di prime cure correttamente ha esaminato (e accolto) le due censure inerenti ai vizi *de quibus*, avendo questi per oggetto situazioni preesistenti all'esclusione e, quindi, idonee ad escluderne la legittimità (e la definizione in capo al destinatario) ed a fondare l'interesse strumentale al travolgimento dell'intera procedura. È allora malamente richiamata dall'appellante la pur corretta in sé giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. St., V, 29 dicembre 2009 n. 8969; id., VI, 25 gennaio 2010 n. 248; id., V, 22 giugno 2010 n. 3889), secondo cui tal interesse non v'è in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che ciò presuppone un'esclusione o legittima o non contestata, ossia una vicenda ben differente da quella in esame. Tanto non volendo considerare come, di recente (cfr. Cons. St., V, 12 febbraio 2010 n. 744), tal interesse si debba pur sempre riconoscere qualora, come nella specie, in gara siano rimaste solo due imprese concorrenti.

Non può esser condiviso il terzo motivo d'appello, inerente alla pretesa inapplicabilità dei principi di pubblicità delle sedute alle procedure negoziate senza previo bando, in quanto, a parte che anche esse partecipano della natura d'evidenza pubblica con quelle non negoziate, detti principi sono generali ed immanenti negli ordinamenti nazionale e comunitario e, a norma dell'art. 2 del Dlg

163/2006, riguardano tutti i tipi di contratti pubblici. Non nega il Collegio che la procedura *de qua* abbia una struttura semplificata e si risolva in sostanza in una trattativa privata, alternativa alle gare, aperte o ristrette, propriamente dette. Ma neppure sfugge che essa, appunto per la sua natura eccezionale e derogatoria rispetto al principio generale di pubblicità e massima concorsualità tipica della procedura aperta, non solo è sottoposta ad un rigoroso accertamento dei suoi presupposti fissati dalla legge (cfr. così Cons. St., V, 10 novembre 2010 n. 8006), ma soprattutto non può derogare al nucleo essenziale di regole, facilmente evincibili dal medesimo decreto n. 163. Si tratta delle regole di garanzia, della serietà e della genuinità delle proposte contrattuali e della qualità e della congruenza di queste rispetto all'interesse (pubblico) del soggetto aggiudicatore, nonché della moralità e della professionalità dei contraenti, giacché nella specie solo la loro individuazione è effettuata *a priori* dalla stazione appaltante con la lettera d'invito, tutto il resto essendo demandato alle regole di confezionamento poste dal capitolato. L'accertamento di tali elementi non dev'essere per forza improntato a formalità solenni o a decadenze, se non nel rispetto degli ovvi principi di ragionevolezza e di proporzionalità, ma soprattutto non può esser eliso o sottaciuto.

Sicché v'è l'obbligo, in capo all'aggiudicatore, di dare adeguata contezza pubblica e non segreta, attraverso una congrua ed idonea pubblicità nella disamina del contenuto dei plichi e delle offerte, della legittimità e della genuinità di questi ultimi come corollario delle regole costituzionali d'imparzialità e di buon andamento. Tutto ciò è stato giustamente affermato nella sentenza impugnata ed illegittimamente disatteso a suo tempo dalla stazione appaltante, donde l'invalidità della clausola del capitolato che prevede la seduta segreta per l'apertura delle buste, la cui censura, non essendo di per sé preclusiva della partecipazione alla procedura,

onerò la ricorrente di primo grado a proporla non subito, ma solo in una con l'esclusione.

Non a diversa conclusione deve il Collegio pervenire con riguardo alla doglianza dell'appellante in ordine all'accertata illegittimità della composizione del seggio di gara, argomento, questo, correlato anch'esso al complesso di regole inderogabili per le procedure negoziate. In particolare, la nomina dei componenti esterni al soggetto aggiudicatore, diversi dal presidente, è certo una facoltà non discrezionale, perlomeno non per il criterio di rotazione e sicuramente non per l'attingimento da una delle categorie indicate nell'art. 84, c. 8 del Dlg 163/2006. Essendo stata nella specie esperita infruttuosamente la gara, con l'attivazione della procedura negoziata la stazione appaltante non avrebbe potuto scegliere il componente esterno tra soggetti diversi da quelli indicati nella norma citata, né tampoco esimersi dal criterio di rotazione. Sicché la conferma pura e semplice dell'ing. Dino DINI, membro esterno già nominato per la precedente procedura, rettamente è stata censurata dal TAR, in quanto l'ASL intimata non ha dato seria dimostrazione d'aver seguito la regola di cui al citato art. 84, c. 8. Né basta: l'ASL neppure ha tenuto conto del criterio di rotazione, tanto più necessario a causa dell'ontologica differenza tra la procedura in esame e la gara andata deserta e per garantire la terzietà e l'imparzialità della nuova Commissione, nella specie non eludibile a causa dell'attività effettivamente valutativa di queste sulle offerte.

Il TAR ha accolto l'impugnazione della GEOS s.r.l. nei termini fin qui visti, dopo aver dichiarato inammissibile la doglianza di detta Società sull'erroneità della sua esclusione dalla procedura ed avendo assorbito il motivo aggiunto circa l'illegittima ammissione dell'odierna appellante in quella sede, dal che la presentazione dell'appello incidentale.

Al riguardo, si può forse discutere se il motivo avverso l'esclusione della GEOS s.r.l. fosse, o no, da dichiarare inammissibile per mancato superamento della prova

di resistenza in relazione al reale ammontare dell'offerta. La statuizione del TAR, tuttavia, si fonda essenzialmente con riguardo all'affermato obbligo del possesso dell'autorizzazione regionale ex art. 100 del Dlg 24 aprile 2006 n. 219 per la distribuzione e la gestione all'ingrosso dei farmaci ad uso umano. Tanto perché, ove s'accogliesse quest'ultima doglianza, il Consorzio appellante principale dovrebbe essere escluso dalla procedura in esame e, dunque, la disamina dell'esclusione della GEOS s.r.l. diverrebbe rilevante per il fatto che verrebbe in tal modo meno l'elemento di comparazione della prova di resistenza.

Ora, che il Consorzio appellante sia sfornito di tal autorizzazione è fatto certo tra le parti e non è revocato in dubbio neppure da questo, tant'è che chiese chiarimenti alla stazione appaltante in relazione alla sua mancanza d'attività di distribuzione di farmaci nel territorio regionale della Sardegna. È parimenti pacifico che di ciò fosse consapevole pure l'ASL intimata, ché questa, con nota del prot. n. 27664 del 23 aprile 2008, rispose al quesito del Consorzio appellante precisando che «... *la produzione... (dell'autorizzazione – NDE) può essere sostituita dall'assunzione, da parte del partecipante..., dell'impegno a conformarsi alla normativa in materia di buona gestione dei farmaci per uso umano di cui al d.lgs 219/2006..., richiedendo fin d'ora che al momento dell'avvio dell'attività sia stato completato l'iter della richiesta dell'autorizzazione alla Regione Sardegna, pena la rescissione del contratto...*». Nondimeno, neppure ora l'appellante ritiene il possesso di detta autorizzazione dirimente in relazione all'oggetto delle prestazioni dedotte in appalto, ma non è così, in disparte l'evidente non condivisione della richiesta del Consorzio. Infatti, l'autorizzazione *de qua* non solo è prescritta quale documento da produrre, a pena di decadenza, ai sensi del § 5.1.1, n. 5) del capitolato speciale —sul punto mai gravato dal Consorzio stesso—, tant'è che l'ASL si limita a chiedere l'impegno a conformarsi alle buone pratiche di distribuzione ex art. 104, lett. h) del Dlg 219/2006, ma solo in attesa del rilascio dell'autorizzazione di cui al precedente art. 100. Ma

quest'ultima è necessaria proprio in relazione all'oggetto dell'appalto, come evincesi dal § 1.1 del capitolato, laddove è previsto che si contrae «... *al fine di garantire il rifornimento dei farmaci, dispositivi medici e materiale economale...*».

È evidente che la mancanza dell'autorizzazione, richiesta dalla stessa stazione appaltante, è causa d'esclusione perché il possesso di essa è requisito soggettivo di qualificazione professionale necessaria per lo stoccaggio e la movimentazione dei farmaci, da parte dell'appaltatore, nella gestione del magazzino centralizzato indicato nel capitolato speciale. Né essa può esser surrogata da un generico impegno alla conformazione alle buone pratiche di distribuzione dei medicinali per uso umano, anzitutto perché ciò appare un'indebita modifica della *lex specialis*. In secondo luogo, tale obbligo di conformazione concerne i soggetti titolari dell'autorizzazione stessa, mentre questa, perlomeno nel testo del capitolato ed in relazione al servizio appaltando, è un *a priori* dell'aggiudicazione, non un metodo d'esecuzione del contratto. E neppure vale far constare ora (cfr. pag. 13 della memoria del 5 ottobre 2010, che il requisito in parola difettasse in capo alla GEOS s.r.l., in quanto ciò avrebbe dovuto formare oggetto di tempestivo gravame incidentale in primo grado quale ulteriore causa d'esclusione, mentre adesso è tardivo.

L'accoglimento di tal motivo d'impugnazione incidentale, comportando l'esclusione del Consorzio appellante principale, impone al Collegio d'esaminare ora la censura incidentale avverso il capo della sentenza con cui il TAR ha dichiarato inammissibile la censura dell'esclusione della GEOS s.r.l.

A tal riguardo, l'appellante incidentale rende noto che siffatta esclusione originò dalla mancata «... *corrispondenza tra il valore del prezzo offerto, di cui all'offerta economica, e la sommatoria dei singoli elementi costitutivi del prezzo offerto... (il quale) ..., calcolato come da capitolato sui prezzi unitari..., risulta pari ad Euro 1.992.240,00, mentre i singoli elementi costitutivi del prezzo offerto hanno una sommatoria pari ad Euro 1.998.240,00...*». Ora, la

GEOS s.r.l., pur consapevole che tal discrasia fosse sanzionata con l'esclusione, ritiene nondimeno che questo fosse solo un errore materiale, tale da poter essere corretto direttamente dal seggio di gara. A suo dire, poiché solo il secondo importo, contenuto nel riepilogo dell'offerta (tabella A del *Modulo composizione prezzo*), corrispose esattamente alla somma degli elementi costitutivi del prezzo (esposti nella tabella B), il primo importo fu null'altro che un semplice errore di trascrizione.

Ebbene, è certo che l'errore, in cui incorse tal Società, fosse riconoscibile, tant'è che la stazione appaltante lo verificò e lo considerò censurabile, per violazione del § 5.1.3 del capitolato, con l'esclusione. Che fosse pure essenziale, s'appalesa fuor di dubbio, trattandosi non già d'un mero errore di calcolo rettificabile —ossia un errore sul compimento di un'operazione aritmetica certa nel criterio e negli addendi, o un'erronea rappresentazione numerica d'un elemento certo della prestazione—, bensì d'un errore sulla quantità, in particolare sul prezzo mensile fisso. Ma tal prezzo, indicato in partenza in € 153.000,00, certamente se moltiplicato per le dodici mensilità offerte non dà per risultato € 1.842.000,00, ma è petizione di principio l'assunto dell'appellante incidentale per cui l'errore fosse per forza in uno dei fattori, anziché nel prodotto. Dal che la configurabilità nella specie non del solo errore di calcolo *ictu oculi* verificabile e rettificabile, ma del determinante errore sul prezzo in sé (ossia, sulla quantità) della prestazione, non modificabile e legittima causa, in base alla *lex specialis*, d'esclusione.

Il parziale accoglimento dell'appello incidentale implica sì la conferma della sentenza impugnata, ma anche con la diversa motivazione inerente a tal specifico profilo. Le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 7295/2010 RG in epigrafe, così dispone: A) – in parte dichiara inammissibile l'appello principale e lo respinge per la restante parte; B) – accoglie in parte l'appello incidentale; C) – per l'effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento, a favore delle parti resistenti e costituite ed in misura uguale tra loro, delle spese di giudizio che sono liquidate nel complesso in € 4.000,00 (Euro quattromila/00), oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 4 febbraio 2011

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/03/2011

IL SEGRETARIO

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