

Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 2866 del 26 marzo 2024

Appalti di forniture – Lex specialis ambigua – Principio del risultato – OE deve fare uno sforzo per presentare offerta adeguata

Pubblicato il 26/03/2024

N. 02866/2024REG.PROV.COLL.

N. 09665/2023 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 9665 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) Spa, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 2678/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2024 il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come in atti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 2678/2023 il T.A.R. della Lombardia, sede di Milano, ha accolto il ricorso proposto da (...) s.r.l. (dora in avanti anche solo “(...)”) per l’annullamento della delibera dell’Azienda (...) che ha aggiudicato al raggruppamento composto da (...) s.r.l. (d’ora in avanti anche solo “(...)”) e da (...) s.p.a. la procedura aperta per l’affidamento della fornitura e l’installazione di 17 sistemi di anestesia e relativo materiale di consumo.

La ricorrente lamentava la difformità dell’offerta dell’aggiudicataria rispetto alla previsione del capitolato che prevedeva la fornitura di “canestri di calce sodata”.

Il T.A.R., a seguito della verifica effettuata nel corso del giudizio di primo grado, ha ritenuto che, a fronte della possibilità di fornire sia canestri riutilizzabili che canestri monouso, l’offerta (...), che prevedeva quelli del primo tipo, avrebbe dovuto prevedere anche la fornitura di calce sodata per il funzionamento degli stessi.

Il T.A.R. è giunto a tale conclusione, a fronte di un capitolato ritenuto sul punto ambiguo, per effetto dell’applicazione di criteri logici di interpretazione dello stesso; ha infatti ritenuto che “è necessario, affinché le offerte dei diversi concorrenti siano fra

loro comparabili (anche economicamente), che coloro che offrono canestri riutilizzabili offrano, a parte, anche la calce sodata”.

2. (...) ha impugnato l’indicata sentenza con ricorso in appello deducendo, nell’unico motivo di gravame, variamente articolato, *“Error in iudicando: erroneità della Sentenza nella parte in cui viola i principi che regolano l’interpretazione della legge di gara e il principio della massima partecipazione ad una procedura pubblica, disattende gli esiti della verifica disposta e la ragione sottesa alla richiesta di accertamento, si presenta illogica e manifestamente ingiusta”.*

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, (...) s.r.l.

Si è altresì costituita la stazione appaltante.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 7 marzo 2024.

3. La questione dedotta nel presente giudizio attiene alla conformità o meno dell’offerta di (...) alla legge di gara.

In particolare, disciplinare e capitolato consentivano la fornitura di canestri sia monouso che riutilizzabili: ciò che permane controverso fra le parti, anche a seguito del gravame oggetto del presente giudizio, è se l’offerta di offrire i secondi dovesse necessariamente implicare (anche) la fornitura di calce sodata necessaria per il loro utilizzo.

In proposito la stessa ricorrente in primo grado aveva formulato un apposito quesito (il n. 8) alla stazione appaltante (*“chiediamo conferma che: offrendo un sistema che permetta il caricamento della calce sodata sciolta, non sia richiesta la fornitura della stessa”*), la quale aveva fornito una risposta tautologica (*“si conferma quanto a capitolato”*).

L’appellante deduce che la formulazione in chiave negativa del quesito denoterebbe come anche (...) avesse inteso la legge di gara come oggi la intende (...), sicché il ricorso di primo grado e la resistenza all’appello si configurerebbero come un *venire contra factum proprium*.

Tale assunto non è condivisibile.

La formulazione del quesito in forma negativa non implicava un impegno nel

senso ritenuto dall'appellante, tanto che la stessa (...) ha optato per la fornitura di canestri monouso.

L'esternazione di un (legittimo) dubbio interpretativo, proprio perché è funzionale all'ottenimento di una risposta chiarificatrice, non è un comportamento affidante, quale che sia la forma (positiva o negativa) nella quale la domanda viene articolata.

D'altra parte l'argomento dell'appellante è reversibile, e finisce col provare troppo.

Il fatto che un operatore economico abbia avvertito la necessità di chiedere alla stazione appaltante di chiarire che l'offerta di canestri riutilizzabili *non* richiedesse la fornitura di calce sodata, può leggersi anche come necessità di conferma (o di smentita) di un dato testuale altrimenti illogico, e dunque come necessità di attribuire un significato logico alla lettura della legge di gara (lettura che la stazione appaltante in quella sede ha ritenuto di non praticare, e che invece ha praticato il primo giudice).

Il quesito, come formulato, testimonia dunque non soltanto l'esistenza di una apparentemente duplice possibilità interpretativa, ma anche l'illogicità di una interpretazione meramente letterale della legge di gara.

Il dato meramente letterale infatti *non* prevedeva la fornitura di calce sodata.

Di qui l'inevitabilità della strutturazione "in negativo" della richiesta di conferma di (...) (e comunque, l'impossibilità di attribuire ad essa le implicazioni addotte dalla parte appellante).

4. Posto che, dunque, entrambe le interpretazioni della legge di gara erano teoricamente praticabili, essendo in astratto possibile, per chi volesse offrire canestri non monouso ma riutilizzabili, configurare sia una fornitura unitaria (canestri riutilizzabili comprensivi anche di calce sodata) che anche la sola fornitura dei canestri riutilizzabili (provvedendo a parte all'acquisto della calce sodata), si tratta di stabilire se, con riferimento alla specifica gara, bando, capitolato e disciplinare le consentissero entrambe ovvero, come ritenuto dal primo giudice, imponessero la (sola) la fornitura unitaria.

Ritiene il Collegio che su tale punto, centrale, della controversia due elementi depongano piuttosto nettamente nel senso della correttezza della ricostruzione del T.A.R. (e, dunque, dell'infondatezza dell'appello):

4.1. Il primo è dato dalle necessarie implicazioni della circostanza che la stazione appaltante consentisse la fornitura sia di canestri monouso che di canestri riutilizzabili.

È vero che i secondi in teoria possono essere oggetto di forniture separate, ma se competono con i primi evidentemente ai fini della reale ed effettiva comparabilità delle offerte occorre avere riguardo al prodotto funzionante.

4.2. Il secondo è un argomento non logico ma testuale, ed è dirimente (i due elementi in realtà sono strettamente interdipendenti: perché la necessità logica affermata dal T.A.R. è altresì implicata dal dato testuale, ancorché esplicitato non in sede di descrizione dell'oggetto della fornitura, ma di definizione del suo scopo).

A pag. 8 del capitolato tecnico si stabiliva: *“Si precisa che l'appalto è concepito come obbligazione di risultato: la fornitura dovrà, pertanto, includere ogni prestazione necessaria a tale scopo, anche se non espressamente prevista in atti di gara ed in offerta. Il risultato atteso è la fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature”*.

Questo esclude *in radice* la praticabilità di un'interpretazione che faccia salva la possibilità di reperire *aliunde* la calce sodata necessaria per il funzionamento dei dispositivi, e che dunque configuri il soddisfacimento dell'interesse della stazione appaltante previsto dalla legge di gara come soltanto parziale.

5. In altre parole, la stazione appaltante ha dato facoltà agli operatori economici di fornire o canestri monouso, ovvero canestri riutilizzabili: in entrambi i casi, tuttavia, ha posto la comune condizione dell'autosufficienza del prodotto offerto.

Tanto più che risulta impossibile una oggettiva comparazione fra offerte sul punto disomogenee se non compiuta nell'ottica dell'anzidetto risultato.

6. Alle superiori, e dirimenti, considerazioni deve aggiungersi l'infondatezza dei principali argomenti utilizzati dall'appellante per supportare il gravame.

La tesi dell'appellante è argomentata, tra l'altro, attraverso i seguenti elementi:

6.1. La fornitura dello “starter kit” di ciascun sistema di anestesia conteneva il quantitativo minimo di calce sodata necessario a garantirne il funzionamento “per circa una settimana”; Tale argomento non è però decisivo, perché come correttamente controdedotto da (...), gli starter kit “*servivano unicamente per consentire il collaudo degli apparecchi. Trattasi di circostanza che emerge direttamente dal capitolato tecnico*”.

6.2. Non può ritenersi che fosse richiesta anche la fornitura di calce sodata per i canestri riutilizzabili, posto che “*in assenza di indicazioni del bando di gara l'operatore avrebbe dovuto unilateralmente determinare la quantità di calce da fornire, le modalità di fornitura (fusti piuttosto che taniche, con capacità contenitive diverse) e di stoccaggio presso i propri magazzini, piuttosto che presso l'ASTT (...)*”.

Neppure questo argomento risulta decisivo.

Come ha controdedotto in memoria (...), l'elemento in questione era in realtà agevolmente determinabile in relazione all'oggetto della fornitura: “*L'assunto è erroneo: il quantitativo di fusti di calce sodata sfusa equivalente a 200 canestri monouso è determinabile dallo stesso RTI (...) grazie a un semplice calcolo matematico. Dalla scheda tecnica dell'apparecchio offerto dall'appellante, infatti, emerge come la quantità di calce sodata contenuta in un canestro sia pari a 700 grammi sia per il canestro pre-riempito sia per il canestro riutilizzabile (fascicolo di primo grado doc. n. 24, pag. 13)*”.

6.3. Osserva ancora l'appellante che “*nella prassi, è noto che la tipologia di gare per cui è causa può ad avere oggetto sia i sistemi di anestesia in uno alla fornitura di calce sodata, sia i soli sistemi di anestesia, sia la sola calce sodata*”.

Come già chiarito in precedenza, questa astratta possibilità è pacifica ed indiscussa.

Il problema è un altro: vale a dire, se nel caso di specie fosse preclusa la presentazione di un'offerta priva della fornitura di calce sodata.

Sul punto, la sentenza appellata ha ben spiegato per quali ragioni nella fattispecie dedotta si controverte non dell'astratta praticabilità di una soluzione o dell'altra, ma della concreta possibilità di interpretare il bando secondo logica in un unico

modo possibile.

6.4. Deduce ancora l'appellante che *“i canestri riutilizzabili hanno una qualità superiore rispetto a quelli monouso (tant'è che il RTI (...)-(...) ha ottenuto 68 punti, contro i 50 di (...)) e costano meno rispetto ai secondi, anche se si deve procedere alla fornitura a parte della calce sodata e alla sterilizzazione del canestro (circostanza che trova rispondenza dal confronto tra le due offerte economiche del RTI aggiudicatario, che ha totalizzato 30 punti e di quella di (...) che si è fermata a 28,08)”*.

Anche in questo caso l'argomento è efficacemente smentito dalle controdeduzioni di (...), secondo le quali *“L'offerta per i sistemi di anestesia dell'RTI (...) è invero economicamente più dispendiosa di quella di (...) posto che l'appellante non ha offerto, e dunque valorizzato economicamente, la calce sodata nella fornitura. Ove, infatti, l'RTI (...) avesse offerto la calce sodata l'offerta avrebbe raggiunto la base d'asta complessiva. Se avesse offerto, viceversa, i monouso l'avrebbe addirittura superata”*

Inoltre, l'interpretazione sostenuta dall'appellante lascia irrisolto il problema della oggettiva non comparabilità delle offerte, e dei costi derivanti dalle ulteriori attività giuridiche (gara per la fornitura) e manuali (sostituzione del contenuto dei canestri).

Sul punto il Collegio non può non rimarcare il decisivo riferimento contenuto nella legge di gara all'obiettivo del “risultato”.

Pur essendo la fornitura in questione non ancora soggetta, *ratione temporis*, alla disciplina di cui al d. lgs. 36/2023, l'utilizzo da parte della legge di gara del parametro del risultato esplicita e conferma, nello specifico procedimento per cui è causa, il carattere immanente al sistema della c.d. amministrazione di risultato (che la dottrina ha ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa, già prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del citato d. lgs. n. 36 del 2023 con specifico riferimento alla disciplina dei contratti pubblici). Il profilo causale del singolo provvedimento va così analizzato alla luce del collegamento che lo avvince alla complessa vicenda amministrativa, nell'ottica del

risultato della stessa: tanto che autorevole dottrina ha in proposito proposto l'introduzione di "una nuova nozione, che può essere denominata operazione amministrativa, ad indicare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto".

L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, come pure è stato efficacemente sostenuto successivamente all'entrata in vigore del richiamato d. lgs. n. 36 del 2023, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili".

L'applicazione al caso di specie dei richiamati principi implica che l'"operazione amministrativa" avuta di mira dalla stazione appaltante, desunta dalla chiara indicazione in tal senso fornita dalla legge di gara, aveva riguardo al fatto che "*Il risultato atteso è la fornitura in opera perfettamente funzionante delle apparecchiature*".

Non soddisfa certamente tale requisito la fornitura di apparecchiature che, come accennato, a fronte dell'apparente minor costo di acquisto implicano il necessario svolgimento di attività materiali e giuridiche aggiuntive: le quali, oltre ai costi relativi ai corrispettivi per l'acquisto degli ulteriori materiali necessari al funzionamento, comportano altresì dei costi relativi ai tempi e all'impiego delle risorse umane necessarie per il compimento delle relative procedure.

6.5. Il punto A6 del disciplinare, rimarca l'appellante, prevede la fornitura dei canestri riutilizzabili (da utilizzarsi con calce sodata), ma non anche della stessa calce sodata.

Questo è un argomento che prova troppo, perché – come ricordato - il T.A.R. ha chiarito che la richiesta è implicita e necessaria sul piano logico, essendo funzionale

al funzionamento dei canestri riutilizzabili.

6.6. Sempre secondo l'appellante, *“La verifica è stata chiara nell'escludere che la calce sodata sia elemento costitutivo del canestro, ben potendo una SA acquistare, a parte, la calce, come peraltro avvenuto già in passato da parte della stessa (...) che ha dato atto di aver tutt'ora in corso un contratto di fornitura di sola calce sodata (prassi, peraltro, seguita anche da altre ASL, come l'azienda ospedaliera di Torino)”*.

In realtà – come pure si è già chiarito - il problema non è se sia in astratto possibile procedere a due forniture separate, il che è pacifico: ma se fosse in concreto necessario fornire la calce sodata unitamente ai canestri sulla base del significato della legge di gara.

7. L'azienda sanitaria in memoria ha affermato che *“pur avendo (...) impugnato gli atti di gara (disciplinare e Capitolato speciale) nella misura in cui gli stessi fossero interpretati nel senso di ritenere ammissibile e conforme l'offerta del concorrente aggiudicatario, la censura, riportata solo nell'epigrafe dell'atto, non è poi stata in alcun modo esplicitata, sicché la stessa, attesa la genericità, doveva considerarsi inammissibile. Ma anche a prescindere da quanto sopra, va considerato che il rilievo, inficiando, in ipotesi, il bando avrebbe dovuto condurre ad una sentenza di annullamento dell'intera gara e non della sola aggiudicazione, con la conseguenza che quand'anche l'Ecc.mo Collegio dovesse condividere tale ultimo passaggio motivazionale della sentenza oggetto di impugnativa, dovrebbe nondimeno riformarla per quanto attiene alla portata degli effetti demolitori?”*.

In replica l'Azienda ha ulteriormente criticato la sentenza del TAR laddove ha stigmatizzato negativamente la possibilità che i concorrenti che forniscono canestri riutilizzabili possano non fornire la calce sodata necessaria per il loro utilizzo, *“Per tal via il giudice a quo ha introdotto in giudizio un profilo di supposta illegittimità della lex specialis non dedotta dall'originaria ricorrente”*.

Quest'ultima affermazione è smentita in realtà dalla sentenza gravata: il TAR non ha affatto affermato l'illegittimità della legge di gara, ma ha ritenuto di applicarla nell'unico modo compatibile con la logica.

La legge di gara era, dal punto di vista meramente testuale, obiettivamente ambigua, ma il T.A.R. l'ha interpretata nell'unico modo conforme a logica: in conseguenza, l'offerta di (...) è risultata non conforme al bando (come interpretato).

È pertanto corretto che l'effetto dell'accoglimento del ricorso di primo grado sia l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di un'offerta inammissibile, e la conseguente aggiudicazione della gara a (...), seconda graduata, senza necessità di travolgere l'intera gara.

8. Una questione analoga è posta in memoria di replica anche da (...): *“A tutto voler concedere, se si volesse aderire – cosa che non si ritiene possibile –, alla tesi della non confrontabilità delle due offerte (smentita, lo si ricorda, dalla verifica) ad essere annullata dovrebbe essere allora la gara e non già l'aggiudicazione pena, altrimenti, favorire (...), in violazione dei criteri interpretativi del bando e del principio di massima partecipazione ad una procedura competitiva di cui si è detto. Non è invece possibile “condannare” la SA all'acquisto di un prodotto più costoso e qualitativamente inferiore, quale quello offerto da (...), attribuendo alla legge di gara un significato nascosto che essa non ha”*.

Anche questa affermazione si fonda su presupposti non verificati.

Anzitutto la verifica non ha affatto smentito la non confrontabilità delle due offerte: ha chiarito l'astratta possibilità di soddisfare in un duplice modo la richiesta della stazione appaltante, ma non ha reso il giudizio relativo alla confrontabilità, nel senso fin qui ritenuto, che è piuttosto il frutto di una valutazione giuridica, e non tecnico-scientifica.

A non essere confrontabili non sono, infatti, le due astratte modalità di presentazione dell'offerta consentite dalla legge di gara (canestri monouso, ovvero canestri riutilizzabili), il che legittimerebbe la caducazione del bando, ma le due offerte in concreto presentate (da (...) e da (...)), perché (...) ha presentato un'offerta non conforme al bando nell'unica interpretazione logico-funzionale a questo, che in tanto prevedeva la possibilità di offrire canestri riutilizzabili, in

quanto con essi si fosse fornita la calce sodata necessaria al loro funzionamento, nell'ottica del risultato come esplicitato dalla stessa legge di gara.

I canestri monouso non sono affatto “qualitativamente inferiori” (anzi, facilitano il compito del committente perché non necessitano di svuotamento e riempimento), e non sono affatto più costosi di quelli riutilizzabili, se si computano i costi ulteriori sopra delineati.

Quanto al principio di massima partecipazione, questo è stato garantito proprio dalla possibilità di presentare l'offerta secondo le due modalità possibili (purché nel rispetto delle esigenze indicate dalla legge di gara): (...), pertanto, *imputet sibi* l'erronea interpretazione del bando, e la fornitura solo parziale di quanto richiesto. Come chiarito, la presentazione di un'offerta conforme alla legge di gara implicava la diligente e logica comprensione del risultato avuto di mira dall'amministrazione committente: operazione esegetica facilitata peraltro dal chiaro contenuto testuale in essa riportato (sopra richiamato).

D'altra parte, l'obbligo di agire secondo buona fede (art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241: ora declinato nella materia contrattuale dall'art. 5 del citato d. lgs. n. 36 del 2023), configura – come è stato osservato in dottrina - un “rapporto di tipo orizzontale tra cittadini e pubblica amministrazione”, che comporta – oltre a dei precisi doveri per l'amministrazione - anche una più marcata responsabilizzazione dei primi in seno al procedimento, il che nel caso di specie si traduce nella individuazione della soglia di sforzo esigibile dall'operatore economico per comprendere l'interesse cui la commessa è preordinata.

9. La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015, n. 5, nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a

norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2022, n. 339), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Dalle considerazioni che precedono discende che l'appello è infondato e che va pertanto respinto, con conferma della sentenza di primo grado qui gravata.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna (...) s.r.l. e l'Azienda (...), in solido tra loro, al pagamento in favore di (...) s.r.l. delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi euro seimila/00, oltre accessori come per legge, in ragione di euro tremila/00 oltre accessori per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO