

Pubblicato il 08/06/2021

N. 04371/2021REG.PROV.COLL.

N. 00243/2021 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 243 del 2021, proposto da Gsa – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi 5;

nei confronti

Azienda Socio – Sanitaria Territoriale (Asst) della Valle Olona, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 00009/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale del ricorrente incidentale Elisicilia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2021 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo e Luigi Borgia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., appella la sentenza n. 9 del 4.1.2021 con cui il TAR per la Lombardia, Sez. IV, ha accolto il VI motivo aggiunto del ricorso proposto da Elisicilia S.r.l., pur dopo aver respinto tutti gli altri motivi, e ha di conseguenza annullato l'aggiudicazione disposta in favore di GSA, con

ordine all'Amministrazione di rivalutare l'offerta tecnica della stessa GSA in modo che la stessa non avrebbe più potuto conseguire l'aggiudicazione, pur essendosi già classificata prima all'esito della procedura pubblica di gara, a causa di un preteso vizio meramente formale delle modalità di compilazione della propria offerta tecnica.

2 – In particolare, GSA si aggiudicava la gara indetta dall'A.S.S.T. della Valle Olona per l'affidamento del servizio di sorveglianza antincendio per 12 mesi rinnovabili per ulteriori 12 mesi. Elisicilia S.r.l., altra partecipante alla gara e "gestore uscente" in proroga del servizio, aveva impugnato tale aggiudicazione sulla base di sei motivi (tre col ricorso introduttivo e ulteriori tre con motivi aggiunti).

3 - Con sentenza n. 9/2021 il TAR di Milano respingeva perché inammissibili o infondati i primi cinque motivi, ma accoglieva il VI Motivo Aggiunto, perché il testo della Relazione Tecnica di GSA, pur essendo stato compilato, secondo quanto prescritto dall'art. 13, lett. B), Disciplinare di gara con il carattere "12 Times New Roman", "con interlinea almeno 1.5 righe" e nei limiti delle 10 pagine (20 facciate), sarebbe stato tuttavia alterato e deformato, in quanto ridotto orizzontalmente di più del 50%; con la conseguenza che si sarebbe dovuta effettuare una conversione secondo "dimensioni standard" e che le pagine risultate, all'esito di tale conversione, eccedenti rispetto alle 20 facciate consentite, non avrebbero dovuto essere prese in considerazione dalla Commissione per l'attribuzione del punteggio tecnico.

4 - Tale capo di sentenza veniva impugnato in appello da GSA, che proponeva domanda incidentale di sospensione della sentenza. Alla udienza in camera di consiglio dell'11.2.2021, non essendo stata eseguita la sentenza, veniva disposto rinvio all'udienza pubblica del 20.5.2021.

5 - GSA propone appello contro il predetto capo della sentenza del TAR deducendo i seguenti tre motivi:

5.1) la mancata valutazione, da parte del TAR, della nullità dell'art. 13, lett. B), del Disciplinare di gara per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Ciò in quanto, in aderenza alla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. Terza, sent. nn. 7967/2020, 7787/2020 e Sez. V, n. 1451/2020), lo stralcio di una parte dell'offerta – previsto da detta clausola – avrebbe rappresentato una vera e propria sanzione espulsiva, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali nonché con l'interesse della stessa Amministrazione a selezionare l'offerta migliore;

5.2) la mancata valutazione, da parte del TAR, della radicale infondatezza della contestata violazione di una clausola che, invece, sarebbe stata pienamente osservata dalla relazione tecnica di GSA, che rispetterebbe tutte le prescrizioni fissate dalla lex specialis, che concernono solo carattere, interlinea e numero di pagine in quanto, a differenza di molte altre leggi di gara, la procedura indetta da ASST Valle Olona non ha prescritto un numero massimo di caratteri, né ha disciplinato i margini, i rientri e neppure la contestata spaziatura fra i caratteri.

5.3) la mancata valutazione, da parte del TAR, della tardività del VI motivo aggiunto, posto che la censura sulle modalità redazionali dell'offerta di GSA è stata proposta solo il 12.3.2020, quando sarebbe dimostrato che già in data 10.1.2020 Elisicilia aveva avuto piena contezza della configurazione grafica dell'offerta tecnica di GSA.

6 – La stazione appaltante non si è costituita nel giudizio di appello, Si è invece costituita Elisicilia S.r.l. la quale ha a propria volta impugnato la sentenza con appello incidentale.

6.1 - Con il primo motivo di appello incidentale Elisicilia contesta il rigetto del I motivo di ricorso di primo grado e del IV motivo aggiunto (dichiarato anche irricevibile), con i quali Elisicilia afferma che GSA avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa della mancata allegazione della tabella recante la scomposizione analitica dei costi sostenuti per il personale all'offerta economica.

Infatti, GSA avrebbe prodotto solo successivamente la predetta tabella analitica, avendo l'amministrazione illegittimamente attivato il soccorso istruttorio in violazione degli artt. 7 e 13, lettera c), del Disciplinare di Gara. Tale censura era stata ulteriormente argomentata con il IV motivo aggiunto, riferito alla affermata mancata ottemperanza di GSA alla richiesta della stazione appaltante del 26.11.2019 circa le voci del costo del lavoro.

6.2 - Il secondo motivo di appello incidentale ripropone il II motivo di ricorso (respinto dal TAR) e il V motivo aggiunto (respinto e dichiarato tardivo dal TAR), con i quali era stata contestata la mancata sottoposizione dell'offerta di GSA al procedimento di verifica dell'anomalia da parte della stazione appaltante nonostante i ritenuti profili di insostenibilità dell'offerta stessa.

6.3 – Il terzo motivo di appello incidentale ripropone la censura, pur accolta dal TAR, circa l'erronea valutazione, da parte della stazione appaltante, dell'offerta tecnica anche per la parte eccedente i prescritti limiti dimensionali.

6.4 – Ancora quanto alla valutazione dell'offerta tecnica, vengono altresì riproposte le censure di cui al III motivo di ricorso al TAR, integrate con motivi aggiunti, relative ai punteggi assegnati alle offerte, che il TAR ha dichiarato assorbito e che Elisicilia ha confermato in appello "in via gradata" affidandosi anche ad una consulenza tecnica di parte.

7 – Il Collegio deve quindi procedere al preliminare esame delle censure dell'appello incidentale, in quanto idonee, ove accolte, a far venire meno l'interesse dell'appellante principale all'esame del proprio ricorso. Le predette doglianze non possono, peraltro, trovare accoglimento, in quanto riferite a censure di primo grado sicuramente infondate ancorché, in taluni casi, tardive.

7.1 - In particolare, il I motivo dell'appello incidentale è infondato: infatti, l'offerta di GSA reca espressamente l'indicazione del costo del lavoro sostenuto per l'appalto, così come prescritto dall'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, essendo stato l'importo complessivo del costo del personale dichiarato nei documenti che costituiscono l'offerta economica presentata da GSA, sia nel file denominato "documento di offerta" generato in formato pdf dalla piattaforma informatica Sintel, sia nell'Allegato 6 "Offerta Economica".

Come già osservato dal TAR, la mancata produzione della tabella di scomposizione analitica dei costi sostenuti per il personale non ha quindi violato l'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, che si limita a imporre la separata indicazione del costo della manodopera (pacificamente dichiarato nell'offerta economica di GSA) e, comunque, un tale obbligo non era prescritto a pena di esclusione, sicché il soccorso istruttorio era certamente consentito, considera il TAR, in quanto "stante il principio della tassatività delle cause di esclusione e il favor participationis, non è possibile disporre l'esclusione per carenze documentali non espressamente sanzionate dalla legge di gara". La richiesta dell'Amministrazione del 26.11.2019 non è stata quindi qualificata come "soccorso istruttorio" ma solo come "integrazione documentale", avendo GSA (pur non essendovi tenuta) citato tale tabella senza poi allegarla all'offerta.

Nell'offerta economica è stato dunque espressamente indicato, così come rilevato dall'appellante principale, sia il costo complessivo del lavoro di € 1.027.887,60 (su un'offerta complessiva di € 1.161.576,00) sia il CCNL applicato, e cioè il CCNL "Sorveglianza Antincendio – ANISA" consentendo comunque le verifiche della Commissione circa il rispetto dei minimi salariali considerando anche che nell'offerta economica di GSA era stato specificato il totale complessivo delle ore annue lavorate.

Alla stregua delle medesime considerazioni risultava infondato, oltreché irricevibile come statuito dal TAR, il IV Motivo aggiunto di primo grado, avendo GSA, contrariamente a quanto tardivamente dedotto, fornito esaustivo riscontro producendo una tabella di analitica esplicitazione del costo sostenuto per il personale, raccordata con il costo della manodopera dichiarato in gara e integrata con una sintesi descrittiva degli

“elementi che incidono nella valutazione del costo del lavoro sostenuto per il personale” e degli “elementi che incidono nella rivisitazione delle tabelle ministeriali in piena coerenza con il CCNL applicato”.

7.2 – Neppure può essere accolto il secondo motivo di appello incidentale, in quanto da un lato il sub-procedimento di anomalia aveva natura (pacificamente) facoltativa, e d’altro lato le dedotte circostanze che avrebbero dovuto imporlo sono semplicemente frutto di una diversa ricostruzione unilaterale delle voci di costo, non suffragata da elementi di prova e non correlata all’organizzazione aziendale della controinteressata, né alcun rilievo possono assumere al riguardo le generiche censure concernenti la mancata considerazione, da parte del TAR, delle interlocuzioni svoltesi fra GSA e stazione appaltante circa le voci di prezzo e gli elementi costitutivi dell’offerta, in quanto non sfociate in alcuna valutazione o azione concreta delle parti e quindi rimaste estranee alla conduzione ed agli esiti della gara.

7.3 – Infondato è anche il terzo motivo dell’appello incidentale, che ripropone la censura accolta dal TAR ed in ordine al quale si rinvia alle considerazioni che saranno svolte in sede d’esame dell’appello principale.

7.4 - Neppure possono essere accolte le ulteriori censure proposte in via gradata con l’appello incidentale, in quanto pretendono di sostituire la propria valutazione dell’offerta della appellante principale a quella già svolta dalla Commissione di gara e motivata dal punteggio numerico riferito a criteri di valutazione predefiniti, senza prima evidenziare errori decisivi in fatto o evidenti abnormità o valutazioni manifestamente illogiche. (ex multis, Cons. Stato, sez. V, sent. 15/03/2016, n.1024). L’appellante principale rileva inoltre che la relazione tecnica di supporto risulta redatta non già da un consulente esterno, ma dal Technical Manager della Elisicilia, il quale, non solo risulta essere il professionista indicato in sede di offerta tecnica da Elisicilia come “referente del servizio”, in quanto tale personalmente interessato al conseguimento dell’appalto, ma è anche - dal gennaio 2007 - alle dipendenze della ricorrente, indicata come “datore di lavoro” nel relativo curriculum.

8 – la reiezione dell’appello incidentale impone al Collegio di passare all’esame delle tre censure dedotte con l’appello principale, che risultano manifestamente fondate. Infatti:

8.1 - secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. Terza, sent. nn. 7967/2020, 7787/2020 e Sez. V, n. 1451/2020), lo stralcio di una parte dell’offerta – previsto dall’art. 13, lett. B), del Disciplinare di gara – rappresenta una vera e propria sanzione espulsiva, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali nonché con l’interesse della stessa Amministrazione a selezionare l’offerta migliore.

Pertanto, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di primo grado, una tale clausola, ove interpretata nel senso che la mancata osservanza di un parametro solo formale riferito ad una mera modalità redazionale di formulazione del testo, comporta l’esclusione dell’offerta indipendentemente dai suoi contenuti, è radicalmente nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ma, prima ancora, per violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., potendo consentire ad un’offerta qualitativamente peggiore o maggiormente onerosa di prevalere sull’offerta migliore per motivi che nulla hanno a che fare con l’interesse pubblico alla tutela della salute dei pazienti del Servizio sanitario pubblico ed alla ottimale allocazione delle risorse pubbliche né con il rispetto della libertà d’iniziativa economica privata e di concorrenza ma solo alla “comodità” d’esame dell’amministrazione;

8.2) peraltro la predetta clausola sfugge, almeno nel caso a quo, al predetto giudizio di nullità, in quanto, all’opposto di quanto ritenuto dal TAR, è stata pienamente osservata dall’appellante principale quanto alle prescrizioni previste, concernenti solo carattere, interlinea e numero di pagine, dovendo per ogni ulteriore e diverso profilo (ivi inclusa la contestata spaziatura fra i caratteri) valere il generalissimo principio della libertà di forma, rispondente all’ancor più generale favor libertatis del nostro ordinamento democratico;

8.3) Il VI motivo aggiunto di primo grado, ancorché accolto dal TAR, risulta pertanto infondato sotto entrambi i profili considerati, potendo quindi il collegio esimersi dall'esame della sua tardività, eccettata in relazione alla circostanza che la censura sulle modalità redazionali dell'offerta di GSA è stata proposta solo il 12.3.2020, quando già in data 10.1.2020 Elisicilia aveva avuto piena contezza della configurazione grafica dell'offerta tecnica di GSA.

9 – Considera altresì il Collegio che, così come evidenziato dall'appellante principale, le predette conclusioni sono confermate dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato e anche dall'ANAC, con la Delibera n. 323 del 21 aprile 2021, resa in sede di precontenzioso e riguardante una fattispecie sovrapponibile a quella in esame.

In generale, secondo l'ANAC la limitazione dimensionale dell'offerta tecnica deve rappresentare "una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara". In relazione al predetto caso analogo a quello in esame, l'ANAC osserva poi che "nella fattispecie in esame la stazione appaltante aveva fornito indicazioni esclusivamente rispetto alle dimensioni del carattere e al numero di facciate, senza fornire ulteriori indicazioni in ordine al tipo di carattere da utilizzare e alla spaziatura e che tali indicazioni erano rispettate dall'aggiudicatario"; e pertanto ritiene, in conformità ai richiamati i principi di certezza, trasparenza e tutela della concorrenza, che "rispettate le indicazioni del disciplinare di gara, il concorrente avesse facoltà di scegliere un tipo di carattere piuttosto che un altro così come la relativa spaziatura anche al fine di valorizzare i contenuti dell'offerta tecnica presentata".

10 – In conclusione, l'appello principale deve essere accolto previa reiezione di quello incidentale, e per l'effetto deve essere integralmente respinto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado dell'odierna appellante incidentale, che deve essere pertanto chiamata alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante principale. Le spese di giudizio possono essere viceversa compensate con riguardo alla stazione appaltante, non costituitasi in appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando,
Accoglie l'appello principale (ricorso R.G. n. 202100243).

Respinge l'appello incidentale.

Condanna l'appellante incidentale alle spese del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante principale, liquidate in Euro 8.000,00 (ottomila) oltre ad IVA, CPA ed accessori.

Compensa per la restante parte le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di compensa le spese del doppio grado quanto alla stazione appaltante consiglio del giorno 20 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE

Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO