



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 371 del 2013, proposto da:
Dac Distribuzione Alimentari Convivenze S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Tessier, Giorgio Massarotto, Bruno Carlo Cavallone, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, viale Bianca Maria, 15;

contro

Azienda Ospedaliera, Ospedale Civile di Legnano, Azienda Sanitaria Ospedale Sant'Anna di Como, Azienda Sanitaria della Valtellina e della Valchiavenna, Azienda Sanitaria Ospedale di Circolo di Busto Arsizio, I.R.C.C.S. Policlinico San Matteo di Pavia;

nei confronti di

Pellegrini S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Guido Greco, Manuela Muscardini, Luca Griselli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, P.Le Lavater, 5;

per l'annullamento

previa sospensione

- del verbale del seggio di gara in data 14.1.2013, con cui si è esclusa l'offerta presentata dalla S.p.a. DAC dalla gara in aggregazione d'acquisto per la fornitura di derrate alimentari ed è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria alla S.p.a. Pellegrini;
 - dell'art. A.2, punto C, dell'offerta economica del Capitolato d'oneri per l'affidamento della fornitura, nella parte in cui prevede "per gli articoli richiesti in gara e inclusi in convenzione Consip attiva i prezzi offerti dovranno, pena esclusione dalla gara, essere pari o inferiori alla base di gara indicata";
 - della determinazione n. 37/13 del 22.1.2013 con cui l'Azienda Ospedaliera, Ospedale Civile di Legnano, ha aggiudicato in via definitiva la gara;
- nonché:
- per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria;
- nonché:
- per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pellegrini S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Pellegrini Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Guido Greco, Manuela Muscardini, Luca Griselli,

con domicilio eletto presso Guido Greco in Milano, P.Le Lavater, 5;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2014 il dott.
Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Dac Distribuzione Alimentari Convivenze S.p.A. impugna gli atti indicati in epigrafe, deducendone la illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Si è costituita in giudizio la società Pellegrini Spa, che, oltre ad eccepire l'infondatezza del ricorso principale, ha proposto ricorso incidentale, lamentando l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente principale.

Le amministrazioni resistenti non si sono costituite in giudizio.

Con ordinanza depositata in data 21 marzo 2013, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare proposta dal ricorrente principale, mentre l'appello cautelare è stato respinto dal Consiglio di Stato con ordinanza depositata in data 10 maggio 2013.

All'udienza del 12 novembre 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle deduzioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio risulta che: a) con bando pubblicato in data 24 maggio 2012 le aziende ospedaliere indicate in epigrafe hanno indetto, in aggregazione tra loro, una procedura aperta per l'aggiudicazione, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto per la fornitura quinquennale di derrate alimentari in favore delle aziende medesime; b) il capitolato d'oneri, parte integrante della lex specialis, individua (da pag 14) le modalità di formulazione dell'offerta economica, precisando che: b1) l'offerta economica deve essere redatta secondo il fac simile allegato 7 "tabella offerta" che è formulato in modo da imporre l'esposizione dei prezzi unitari offerti; b2) "per gli articoli richiesti in gara e inclusi in Convenzione Consip attiva (i cui prezzi sono contrassegnati in grassetto nella colonna K dell'allegato 7 "tabella offerta") i prezzi offerti dovranno, pena esclusione dalla gara, essere pari o inferiori alla base di gara indicata; per tutti gli altri articoli richiesti il prezzo offerto non è soggetto a tale vincolo, fermo restando che il totale complessivo offerto (cella U537 risultante della sommatoria dei valori in colonna U) dovrà essere pari o inferiore alla base complessiva a base di gara (Euro 23.925.888,85). Ai fini dell'attribuzione del punteggio economico verrà preso in considerazione il totale complessivo quinquennale offerto (cella U537 risultante della sommatoria dei valori in colonna U); tale importo dovrà essere pari o inferiore alla base complessiva a base di

gara (Euro 23.925.888,85) pena esclusione”, b3) la scheda tecnica del capitolato d’oneri (pag 48) precisa che i prezzi offerti non potranno essere superiori a quelli fissati quale base d’asta e dovranno essere riferiti alle unità di misura (U.M.) utilizzate nell’allegato 6; c) con il chiarimento n. 2 del 19 giugno 2012 la stazione appaltante, a fronte della domanda diretta a chiarire se solo il totale generale dell’offerta dovesse essere inferiore alla base d’asta, mentre i prezzi di alcuni singoli prodotti facenti parte dell’allegato 7 potessero superare il prezzo posto a base d’asta, ha evidenziato che “i prezzi offerti per prodotti che sono oggetto di convenzione Consip dovranno essere pari o inferiori ai prezzi Consip”; d) all’esito della valutazione delle offerte tecniche e delle offerte economiche, la commissione di gara, da un lato, ha disposto l’esclusione dell’offerta della concorrente DAC spa, per contrasto con le modalità di presentazione dell’offerta economica imposte dalla lex specialis, in quanto “presenta in corrispondenza di tre articoli Consip un prezzo offerto maggiore della base d’asta (prezzo riferimento non superabile)”, dall’altro, ha aggiudicato provvisoriamente la gara in favore di Pellegrini spa; e) con provvedimento n. 37/2013, del 22 gennaio 2013, la stazione appaltante ha aggiudicato definitivamente la gara a Pellegrini spa, con la quale ha poi stipulato il contratto per la fornitura di derrate alimentari.

2) Per ragioni di economicità processuale il Tribunale ritiene di dovere esaminare con precedenza il ricorso principale, in quanto la

sua infondatezza – secondo quanto si dirà in prosieguo – consente di prescindere dall'esame del ricorso incidentale presentato dalla controinteressata Pellegrini s.p.a..

Dac Distribuzione Alimentari Convivenze S.p.A. propone due motivi di impugnazione, che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi sul piano logico e giuridico, diretti a contestare, in termini di violazione di legge e di eccesso di potere, che l'esclusione sarebbe stata disposta in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, posto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006, n. 163.

In particolare, l'obbligo, sancito dal capitolato d'oneri, di indicare, a pena di esclusione, i prezzi unitari per gli articoli compresi in convenzione Consip non rifletterebbe le cause tassative di esclusione previste dal citato art. 46, comma 1 bis, specie considerando che l'offerta complessiva presentata da DAC spa è inferiore al valore economico posto a base di gara, mentre solo tre voci di prezzo unitario superano i valori base indicati dalla *lex specialis*.

Le censure sono infondate.

Sul piano fattuale è pacifico sia che la *lex specialis* della gara richiedeva l'indicazione dei prezzi unitari per gli articoli alimentari inclusi in Convenzione Consip attiva (i cui prezzi erano contrassegnati in grassetto nella colonna K dell'allegato 7 "tabella offerta" del capitolato d'oneri), sia che tale indicazione era prevista a pena di esclusione, sia, infine, che DAC spa rispetto a tre voci di

prezzo unitarie, comprese tra quelle appena indicate, ha formulato un'offerta al rialzo, proponendo prezzi maggiori di quelli indicati dal capitolato, seppure complessivamente la sua offerta economica fosse inferiore alla base d'asta.

Insomma, la ricorrente è stata esclusa perché, pur formulando un'offerta economica complessivamente ribassata rispetto al valore globale posto a base di gara, ha offerto per alcuni prezzi unitari degli importi superiori alla base di gara stabilita dalla *lex specialis*, così formulando, per tali aspetti, un'offerta in aumento.

Sul punto il Tribunale ha già chiarito che l'esclusione disposta per la ragione appena indicata non viola il principio di tassatività posto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006 n. 163 (cfr. Tar Lombardia Milano, sez. IV, 20 ottobre 2014, n. 2512).

Invero, il combinato disposto degli artt. 82, 83 del d.l.vo 2006 n. 163 e 283, comma 3, del d.p.r. 2010 n. 207, conduce a ritenere che sia normativamente previsto il divieto di offerte in aumento anche in caso di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e anche se si tratta di un'offerta economica da formulare a prezzi unitari, fermo restando che il prezzo unitario integra un elemento essenziale dell'offerta, soggetto a valutazione nel quadro del criterio prescelto dalla legge di gara.

Proprio la disciplina dettata dal codice degli appalti e dal relativo regolamento di esecuzione consente alle amministrazioni di scegliere discrezionalmente le modalità di formulazione dell'offerta

economica, fissandone, anche in caso di utilizzo di prezzi unitari, la base d'asta non superabile in sede di offerta.

In tale contesto, se gli operatori potessero formulare offerte in aumento per singoli prezzi unitari, a condizione di non eccedere il valore economico complessivo posto a base di gara, sarebbe vanificata la scelta dell'amministrazione di richiedere un'offerta formulata a prezzi unitari, specie quando, come nel caso di specie, si tratta di prezzi riferibili ad articoli dotati di autonomia funzionale, anche se compresi in un unico appalto.

Del resto, la necessità che tutti i concorrenti presentino offerte al ribasso rispetto a ciascuno dei prezzi unitari garantisce anche la parità di trattamento tra gli operatori, in coerenza con i generali principi interni e comunitari in materia di appalti.

Vale ricordare che le valutazioni ora espresse hanno trovato coerente riscontro nelle determinazioni dell'AVCP, pur se prive, ovviamente, di valore vincolante.

In particolare, l'Autorità considera gli affidamenti di contratti avvenuti ad importi superiori ai valori posti a base di gara come contrastanti con i principi generali di correttezza, trasparenza ed economicità, sanciti dall'art. 2 del codice dei contratti, precisando che "il divieto deve ritenersi sussistente qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso (cfr. parere AVCP 12 febbraio 2009) che nel caso di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa”.

Pertanto, nelle ipotesi in cui siano offerti importi superiori ai valori posti a base di gara, occorre ritenere dette offerte inammissibili e procedere all'esclusione delle stesse; qualora, poi, tutte le offerte pervenute risultino inammissibili dovrà procedersi all'avvio di una nuova procedura previa pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'art. 56 comma 1, lett. a) del codice e “ciò, al fine ultimo di consentire uno svolgimento corretto e trasparente del confronto competitivo, che avrebbe potuto coinvolgere eventuali operatori economici inizialmente disincentivati a partecipare ad una gara il cui valore massimo era ritenuto inadeguato alla copertura dei costi di produzione ovvero al conseguimento di sufficienti margini di profitto” (Deliberazione AVCP n. 7 del 19 gennaio 2011; Deliberazione AVCP n. 12 del 10 aprile 2013).

Le considerazioni appena svolte rendono evidente che nel caso di specie l'amministrazione ha legittimamente applicato i principi suindicati, anche in sede di elaborazione della lex specialis, sicché il provvedimento di esclusione e, in via consequenziale, quello di aggiudicazione, sono privi dei vizi denunciati dalla società ricorrente, in quanto l'estromissione dalla gara è stata disposta perché l'offerta di DAC spa è stata formulata in aumento rispetto a tre prodotti da valorizzare a prezzi unitari, sicché l'esclusione disposta è del tutto coerente con il principio di tassatività posto dall'art. 46, comma 1 bis, del codice degli appalti.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle censure in esame.

Del resto, l'assenza dei profili di illegittimità denunciati dal ricorrente esclude la sussistenza dei presupposti necessari per configurare la responsabilità risarcitoria della stazione appaltante, ex art. 2043 c.c., con conseguente rigetto anche della domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente principale.

3) In definitiva, il ricorso principale è infondato e deve essere respinto e ciò consente di prescindere dall'esame del ricorso incidentale.

La natura delle questioni trattate conduce a ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso presentato da Dac Distribuzione Alimentari Convivenze S.p.A..

Compensa tra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2015

IL SEGRETARIO

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