

Sul principio di tassatività delle clausole di esclusione

di Maria Nunzia Natale

Data di pubblicazione: 2-8-2018

Il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 attiene alla selezione dei partecipanti alla gara ed è volta alla tutela del principio del favor participationis alle pubbliche gare.

Tale divieto non attiene, al contrario, alle modalità di formulazione ed ai contenuti dell'offerta economica, per i quali vale anche la non applicabilità del meccanismo del "soccorso istruttorio" previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. citato "per l'irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85", peraltro "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

La clausola che prescriva limiti all'offerta economica a pena d'esclusione presenta un'evidente immediata lesività, con il conseguente onere di tempestiva impugnazione per l'impresa che, partecipando alla gara, avesse liberamente compiuto –come l'appellante- la scelta imprenditoriale di violare il divieto posto dalla lex specialis di gara.

Guida alla lettura

Nella sentenza in commento, la società concorrente risultata migliore offerente per il lotto 1 di una gara telematica, impugna la sentenza resa dal Tribunale di primo grado che aveva dichiarato tardivo, oltre che infondato il suo ricorso avverso l'esclusione dalla gara. La società ricorrente aveva infatti violato la clausola del bando che stabiliva che, in caso di partecipazione anche al lotto 2 e di offerta del medesimo prodotto per entrambi i lotti, di non ricaricare oltre il 15 % rispetto all'offerta del lotto 1, il maggior costo del lotto 2 per la fornitura domiciliare dei medesimi prodotti.

Nell'atto di appello proposto avverso la suddetta sentenza, la società sostiene la nullità della clausola di cui al punto C 2 di pag. 23 del disciplinare di gara, per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016. Si contesta, inoltre, la sussistenza di un "prospective overruling", ovvero la violazione del diritto di difesa derivante dalla innovativa considerazione della immediata lesività di una clausola in

realtà non escludente, e quindi non immediatamente lesiva, ed inoltre si ribadisce l'irragionevolezza, sotto plurimi profili, della previsione della predetta clausola e della sua applicazione come clausola escludente automatica, posto che le finalità di contenimento della spesa pubblica per servizi non legati al valore degli ausili medici forniti sarebbero state di fatto vanificate dalla applicazione di diversi metodi di aggiudicazione e di fatturazione dei due lotti, oltretutto facilmente aggirabili offrendo prodotti diversi per i due lotti, ferma restando l'irragionevolezza di non valutare l'eccessivo ricarico ove lo stesso prodotto fosse offerto da due ditte diverse per i due lotti.

Peraltro, come evidenziato dal TAR, la clausola in esame, pur prevedendo un divieto espressamente posto a pena d'esclusione, non può essere considerata nulla per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto non attiene alla selezione dei partecipanti alla gara e non ne dispone l'esclusione se non in possesso di particolari requisiti in violazione del principio di *favor participationis* alle pubbliche gare.

Essa attiene, al contrario, alle modalità di formulazione ed ai contenuti dell'offerta economica, conseguendone anche la non applicabilità del meccanismo del "soccorso istruttorio" previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. citato "per l'irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85", peraltro "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

Si osserva, infine, che la prescrizione circa i limiti dell'offerta economica era espressamente posta a pena d'esclusione, conseguendone una evidente immediata lesività, con il conseguente onere di tempestiva impugnazione, per l'impresa che, partecipando alla gara, avesse liberamente compiuto –come l'appellante- la scelta imprenditoriale di violare il divieto posto dalla *lex specialis* di gara proponendo un ricarico superiore al 15% -secondo i metodi di fatturazione previsti dall'Amministrazione e non tempestivamente contestati- rispetto al prezzo offerto per alcuni prodotti del lotto 1, al fine di distribuire i medesimi prodotti presso il domicilio dei pazienti come previsto per il lotto 2, ricadendo le conseguenze di tale decisione sulla responsabilità dell'impresa appellante.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2912 del 2018, proposto da

Essity Italy S.p.A (Già Hygiene Products S.p.A), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Salvemini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Milena Conti in Roma, via Fossato di Vico, 10;

contro

Regione Toscana, non costituita in giudizio;
Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II 18;

nei confronti

Fater S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;
S.I.L.C. S.p.A, Serenity S.p.A, Santex S.p.A, Paul Hartmann S.p.A non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 00316/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Fater S.p.A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Leonardo Salvemini, Gabriele Pafundi su delega di Domenico Iaria e Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - ESSITY ITALY SPA (già SCA Hygiene Products SpA), società concorrente migliore offerente per il lotto 1 di una gara telematica per la fornitura di assorbenti per incontinenza in

ospedale e a casa dei pazienti (rispettivamente lotti 1 e 2), appella la sentenza del TAR Toscana, Sezione III, n. 316/2018, che ha dichiarato in parte tardivo e in parte infondato il suo ricorso contro l'esclusione da entrambi i lotti, disposta per aver violato la clausola che, in caso di partecipazione ai 2 lotti e di offerta del medesimo prodotto per i entrambi i lotti, imponeva, a pena di esclusione, di non ricaricare oltre il 15%, rispetto all'offerta del lotto 1, il maggior costo del lotto 2 per la fornitura domiciliare dei medesimi assorbenti.

2 - ESTAR – l'Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale che ha gestito la gara, e la contro interessata Fater S.p.A. si sono costituiti in appello, così come in primo grado, per difendere la legittimità della disposta esclusione. Tutte le parti si sono profuse in ampie memorie. Questa Sezione, con ordinanza del 3 maggio 2018, ha respinto la domanda cautelare dell'appellante.

3 – Con l'appello si sostiene, con ampia argomentazione, la nullità della clausola di cui al punto C 2 di pag. 23 del disciplinare di gara, per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016. Si contesta, inoltre, la sussistenza di un "*prospective overruling*", ovvero la violazione del diritto di difesa derivante dalla innovativa considerazione della immediata lesività di una clausola in realtà non escludente, e quindi non immediatamente lesiva, ed inoltre si ribadisce l'irragionevolezza, sotto plurimi profili, della previsione della predetta clausola e della sua applicazione come clausola escludente automatica, posto che le finalità di contenimento della spesa pubblica per servizi non legati al valore degli ausili medici forniti sarebbero state di fatto vanificate dalla applicazione di diversi metodi di aggiudicazione e di fatturazione dei due lotti, oltreché facilmente aggirabili offrendo prodotti diversi per i due lotti, ferma restando l'irragionevolezza di non valutare l'eccessivo ricarico ove lo stesso prodotto fosse offerto da due ditte diverse per i due lotti.

3 – Peraltro, come evidenziato dal TAR nonché dall'ordinanza di questa Sezione adottata in sede di sommaria delibazione, la clausola in esame, pur prevedendo un divieto espressamente posto a pena d'esclusione, non può essere considerata nulla per contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto non attiene alla selezione dei partecipanti alla gara e non ne dispone l'esclusione se non in possesso di particolari requisiti in violazione del principio di *favor participationis* alle pubbliche gare, ed invece attiene alle modalità di formulazione ed ai contenuti dell'offerta economica, conseguendone anche la non applicabilità del meccanismo del "soccorso istruttorio" previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. citato "per l'irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85", peraltro "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica". D'altro canto, come detto la prescrizione circa i limiti dell'offerta economica era espressamente posta a pena d'esclusione, conseguendone una evidente immediata lesività, con il conseguente onere di tempestiva impugnazione, per l'impresa che, partecipando alla gara, avesse liberamente compiuto –come l'appellante- la scelta imprenditoriale di violare il divieto posto dalla *lex specialis* di gara proponendo un ricarico superiore al 15% -secondo i metodi di fatturazione previsti dall'Amministrazione e non tempestivamente contestati- rispetto al prezzo offerto per alcuni prodotti del lotto 1, al fine di distribuire i medesimi prodotti presso il domicilio dei pazienti come previsto per il lotto 2, ricadendo le conseguenze di tale decisione sulla

responsabilità dell'impresa appellante.

4 – Neppure sembra poter essere revocata in dubbio, per quanto d'interesse, la ragionevolezza della previsione di un onere ulteriore per le imprese giustificato –alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità- dal fine di contenimento della spesa pubblica e di buon andamento dell'amministrazione insito nel divieto generalizzato di proporre offerte comportanti una eccessiva levitazione del prezzo del prodotto, distribuito presso il domicilio dei pazienti, rispetto all'offerta proposta dalla medesima ditta per la fornitura, del medesimo prodotto, presso le strutture sanitarie, e ciò del tutto indipendentemente dalla successiva eventuale aggiudicazione di entrambi i lotti alla medesima impresa avendo, l'eventuale eccessivo ricarico dei prezzi in tutte le offerte, evidenti effetti negativi ai fini della scelta della migliore offerta anche laddove i 2 lotti non fossero aggiudicati alla medesima impresa.

5 - Pertanto, a fronte della violazione di una clausola, di divieto di eccessiva maggiorazione dei prezzi, espressamente posta a pena d'esclusione dalla *lex specialis* di gara ma non tempestivamente impugnata, le ulteriori considerazioni dell'appellante, circa la reale efficacia della clausola in esame rispetto alle altre opzioni possibili per contenere i costi, rifluiscono su un piano di opportunità non sindacabile in questa sede, discendendone l'impossibilità per questo giudice di accogliere le censure proposte.

6 – Conclusivamente, l'appello non è fondato e deve essere respinto, risultando in tal modo confermata la reiezione del ricorso di primo grado proposto dall'odierna appellante contro la propria esclusione dalla gara in esame. Anche alla stregua delle pregresse considerazioni sussistono, tuttavia, motivate ragioni per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

