

Pubblicato il 22/01/2021

N. 00113/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00064/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a;

sul ricorso numero di registro generale 64 del 2021, proposto da

Ditta Ginestro Alessandro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe A. Marasco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Carulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fmtecnology S.r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Mastrolia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della deliberazione n. 2417/2020 del 24.11.2020 della Azienda sanitaria Locale di Taranto, comunicata il 30.11.2020, di annullamento in autotutela del precedente provvedimento di aggiudicazione (n. 2294/2020) della gara per l'affidamento della fornitura di n. 150 Pc desktop e n. 150 monitor in favore della società ricorrente;

del nuovo provvedimento di aggiudicazione della gara disposto in favore della società FMTechnology srl;

di tutti gli atti, verbali e i provvedimenti (anche quelli eventuali di silenzio-rigetto) di gara, della lex specialis, per quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

di ogni altro atto e/o provvedimento preliminare, presupposto, connesso o attuativo e/o consequenziale, sebbene non conosciuto o non conoscibile che con i provvedimenti di cui ai punti precedenti sia posto in qualsivoglia rapporto di correlazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Fmtecnology S.r.l, Azienda Sanitaria Locale Taranto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021 il dott. Roberto Michele Palmieri e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25, comma 2, D.L. 28 ottobre 2020 n. 137, convertito dalla l. n. 176/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È impugnata la deliberazione n. 2417/2020 del 24.11.2020 della Azienda sanitaria Locale di Taranto, comunicata il 30.11.2020, di annullamento in autotutela del precedente provvedimento di aggiudicazione, in favore della società ricorrente, della gara per l'affidamento della fornitura di n. 150 Pc desktop e n. 150 monitor.

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di gravame: violazione della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 d.l. n. 76/2020 e art. 97 e ss. d. lgs. n. 50/2016. Violazione dei più generali principi in materia di gare pubbliche. Eccesso di potere per illogicità manifesta e sviamento.

Ha chiesto pertanto l'annullamento dell'atto impugnato, con vittoria delle spese di lite.

Costituitesi in giudizio, l'ASL Taranto e la controinteressata FMTecnology s.r.l. hanno chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.

Nella camera di consiglio del 21.1.2021 il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, previo avviso a verbale, ha definito il giudizio in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a. e 25 d.l. n. 137/2020, convertito dalla l. n. 176/2020.

2. Con l'unico motivo di gravame, variamente articolato, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 1 d.l. n. 76/2020, convertito con l. n. 120/2020, che prevede una causa di esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale.

La censura è infondata.

È ben vero che il recente d.l. n.76/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 120/2020, ha 2.2. previsto che: *“Nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2bis e 2ter del D. lgs. n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”*.

2.3. Senonché, è pacifico che tale automatismo non era previsto dalla lettera d'invito.

Ciò pone all'interprete la questione del se possa esigersi dall'impresa partecipante alla gara un grado di conoscenza della normativa di riferimento, anche quando la stessa non sia stata previamente richiamata nel bando di gara. E sul punto, rileva il Collegio che la Corte di Giustizia (sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo), sia pure su altra questione, ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi*

nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

In motivazione la sentenza della Corte di Giustizia ha evidenziato che il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e implica, quindi, che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, prosegue la Corte di giustizia, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.

2.4. Il punto è altresì ripreso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/16, che sebbene in relazione alla diversa questione della necessità o meno di indicazione degli oneri di sicurezza aziendali interni – ma con principi generali senz'altro invocabili anche in questa sede – ha aderito al citato orientamento del giudice sovranazionale, rimarcando che per quest'ultimo i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti (v., in tal senso, Corte di Giustizia, 9 febbraio 2006, La Cascina e a., C-226/04 e C-228/04).

Ciò anche sulla base dell'ulteriore considerazione che subordinare la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione ad una condizione derivante dall'interpretazione del diritto nazionale (o dalla prassi di un'autorità) sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali.

2.5. Infine, sulla questione si è nuovamente pronunciata la Corte di Giustizia UE, sentenza 10.11.2016 (causa C-162), ribadendo il citato principio espresso nel suo precedente 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo (v. supra).

3. Tanto chiarito, e venendo ora al caso in esame, reputa il Collegio che, in presenza di una *lex specialis* che nulla disponeva quanto all'automatismo espulsivo, disporlo in via diretta e immediata significherebbe porre ingiustificati ostacoli al principio di massima partecipazione alle gare, da sempre predicato dal giudice eurounitario.

Per tali ragioni, reputa il Collegio che la decisione dell'Amministrazione, di disporre annullamento in autotutela del proprio precedente provvedimento di esclusione automatica dalla gara delle imprese le cui offerte erano risultate anomale, possa dirsi legittima.

4. Ne consegue, per questa via, il rigetto del ricorso.

5. Sussistono giusti motivi, rappresentati dalla natura delle questioni esaminate, per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda,
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021, nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, comma 2, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla l. n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Michele Palmieri, Presidente FF, Estensore

Andrea Vitucci, Referendario

Nino Dello Preite, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Roberto Michele Palmieri

IL SEGRETARIO