

Illegittimità della clausola che preveda l'esclusione automatica del concorrente ultimo in graduatoria

TAR Campania, sez. V, 25.6.2024 n. 3957

Publicato il 25/06/2024

N. 03957/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01131/2024 REG.RIC.



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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1131 del 2024, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Medifor S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla
procedura CIG 93244435C8, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Passaro,
Lorenzo Passaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.S.L. Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Uber Ros S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

I) con il ricorso introduttivo:

- della delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Caserta n. 171 del 2 febbraio 2024, comunicata in data 5 febbraio 2024, ad oggetto “Procedura Aperta finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro per la fornitura di materiale di consumo di Osteosintesi e di consumo per Traumatologia occorrenti all'Asl Caserta, per la durata di anni tre., nr. gara Anac 8647445 Aggiudicazione Definitiva”, con la quale l'amministrazione resistente ha escluso la Medifor S.r.l. dalla graduatoria relativa al lotto 1 in quanto ultima graduata;

- dei verbali della commissione di gara con particolare riferimento al verbale n. 7 del 28 settembre 2023 relativo alla valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla Medifor S.r.l.;

- della comunicazione della A.S.L. Caserta del 12 febbraio 2024, con allegata copia del verbale della Commissione di gara in ordine al riesame richiesto dalla società Medifor S.r.l. in data 29 gennaio 2024;

- di ogni altro atto, antecedente, concomitante e successivo;II) con i motivi aggiunti:

- della delibera del Direttore Generale dell'ASL Caserta n. 171 del 02 febbraio 2024, comunicata in data 5.2.2024 ad oggetto “Procedura Aperta finalizzata alla conclusione di un Accordo Quadro per la fornitura di materiale di consumo di Osteosintesi e di consumo per Traumatologia occorrenti all'Asl Caserta, per la durata di anni tre. Nr. GARA ANAC 8647445 Aggiudicazione Definitiva”, con la

quale l'Amministrazione resistente ha escluso la Medifor S.r.l. dalla graduatoria relativa al lotto 1 in quanto ultima graduata;

- dei verbali della commissione di gara con particolare riferimento al verbale n. 7) del 28 settembre 2023 relativo alla valutazione dell'offerta tecnica presentata dalla Medifor Srl;
- della comunicazione della Asl Caserta del 12 febbraio 2024, con allegata copia del verbale della Commissione di gara in ordine al riesame (sub doc. n. 9) richiesto dalla società Medifor Srl in data 29 gennaio 2024;
- di ogni altro atto, antecedente, concomitante e successivo;
- in via subordinata, con condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 124 c.p.a..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2024 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 1.3.2024 e depositato il 7.3.2024, la società Medifor premette di aver partecipato alla procedura aperta indetta dall'A.S.L. Caserta nel 2022 per la conclusione di un accordo quadro triennale multi-fornitore ex art. 54 comma 4 lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016 da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, per la fornitura di

materiale di consumo di osteosintesi e di consumo per traumatologia con durata di anni 3.

In particolare, viene in esame il lotto n. 1 avente ad oggetto la fornitura di “Placche per vari segmenti a stabilità angolare in titanio e/o acciaio amagnetico”.

Secondo quanto riportato nel disciplinare di gara:

- la procedura è finalizzata all’aggiudicazione in favore dei fornitori aderenti all’accordo quadro, quindi non è volta alla individuazione di un unico aggiudicatario per singolo lotto, bensì di più operatori idonei a fornire alla stazione appaltante il materiale oggetto di gara (art. 18);

- la commissione provvede a formulare la proposta di aggiudicazione di ogni singolo lotto in favore di tutti gli operatori economici idonei in graduatoria, ad eccezione dell’ultimo graduato, aggiungendo che *“L’esclusione dall’aggiudicazione dell’ultimo in graduatoria non si applicherà qualora per ogni lotto risulteranno aggiudicatari meno di cinque operatori economici”* (art. 21);

- l’offerta tecnica è costituita, a pena di esclusione, dai documenti ivi indicati tra cui l’elenco dei prodotti offerti attraverso la compilazione di apposito allegato B2 e, per quanto rileva nel presente giudizio, da *“schede tecniche, in lingua italiana, di ciascun prodotto offerto (con lo specifico riferimento al lotto di gara e codice prodotto) che dimostrino la corrispondenza del prodotto alle caratteristiche richieste nel capitolato e relativi allegati compresi i certificati di qualità e i depliant illustrativi. Le schede tecniche dovranno riportare tutte le informazioni utili per la valutazione qualitativa”* (art. 16).

Tanto premesso, la ricorrente espone di essersi collocata nell’ultima posizione in graduatoria, incorrendo quindi nella previsione espulsiva del disciplinare di cui all’art. 21 citato ed impugna, chiedendone l’annullamento, la deliberazione n. 171 del 2.2.2024 - notificata il 5.2.2024 – con cui l’amministrazione ha disposto l’aggiudicazione dell’appalto in favore delle società utilmente collocate nella

graduatoria finale del lotto n 1 ad eccezione della ricorrente, per l'appunto, in quanto ultima classificata con punti 59,66 (di cui punti 43,03 per l'offerta tecnica).

Lamenta violazione di legge, della lex specialis ed eccesso di potere svolgendo, in sintesi, le seguenti argomentazioni.

Con la prima censura assume l'illegittimità della previsione contenuta nell'art. 21 del disciplinare di gara in ordine alla estromissione dall'aggiudicazione dell'ultimo graduata che integrerebbe in tesi una causa di esclusione automatica in violazione del principio di tassatività di cui all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016; chiede pertanto di dichiarare la nullità della predetta previsione al fine di concorrere, unitamente agli altri partecipanti, alla aggiudicazione della fornitura.

In via subordinata, contesta la legittimità dell'attività valutativa della commissione riguardo alla propria offerta tecnica.

In particolare, appunta le proprie doglianze sul verbale n. 7 in cui il seggio constatava la mancata produzione di "schede tecniche" richieste dal citato art. 16 del disciplinare, ritenendo insufficienti i cataloghi forniti dalla ricorrente e, per l'effetto, non valutava alcuni prodotti offerti (14 su 34). Ritiene, in proposito, che tutte le informazioni richieste dal disciplinare potevano essere desunte dai cataloghi prodotti e, in ogni caso, l'amministrazione avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio al fine di porre la ricorrente nella condizione di chiarire le parti riferibili ai punti prettamente tecnici dei cataloghi forniti.

Sostiene che, qualora la commissione avesse valutato tutti i prodotti (ivi compresi i 14 per i quali non era stata presentata la scheda tecnica, ma un mero catalogo), l'istante avrebbe conseguito un punteggio tecnico più elevato che le avrebbe consentito di collocarsi in una posizione migliore.

Inoltre, lamenta l'illegittimità del punteggio tecnico assegnato alle offerte delle società controinteressate (Citieffe, Device & Tech, Intrauma e Medifix) in relazione a specifici parametri (criterio 2.1. garanzie tecniche sui materiali; criterio 2.2 -

innovazione tecnologica, con particolare valorizzazione della sicurezza del paziente e dell'operatore) ritenendo, in sintesi, che i relativi prodotti offerti sarebbero inferiori sotto il profilo qualitativo rispetto ai propri, in relazione a distinti profili (es. natura dei materiali utilizzati).

Conclude con le richieste di accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento degli atti impugnati e condanna al risarcimento dei danni in forma specifica, mediante riammissione ed aggiudicazione dell'appalto ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

In data 8.3.2024 ha depositato istanza di accesso ex art. 116, comma 2, del c.p.a. avente ad oggetto la documentazione amministrativa, tecnica ed economica delle società controinteressate Europa Trading, Medifix srl, Intrauma s.p.a., Device & Tech s.r.l., 3D System, Citieffe s.r.l. a socio unico e Uber Ros s.p.a.; in data 24.4.2024 è stata versata in atti la dichiarazione di rinuncia all'accesso, avendo l'amministrazione trasmesso gli atti richiesti.

Si è costituita l'A.S.L. Caserta che replica nel merito, eccepisce l'inammissibilità del gravame per omessa tempestiva impugnazione dell'art. 21 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'esclusione automatica dell'ultimo operatore collocato in graduatoria, e chiede il rigetto del ricorso. In data 15.5.2024 ha depositato una relazione istruttoria del servizio provveditorato sui fatti di causa.

Il T.A.R. ha accolto la domanda cautelare con ordinanza n. 550 del 20.3.2024.

Con successivi motivi aggiunti notificati il 17.4.2024 e depositati il 24.4.2024 la società ribadisce, all'esito della ostensione della documentazione tecnica richiesta con istanza di accesso, il profilo di illegittimità concernente la mancata valutazione di 14 prodotti rispetto ai 34 complessivamente offerti, affermando la simmetria tra le "schede tecniche" richieste dall'art. 16 del disciplinare di gara e i "cataloghi" ritenuti non valutabili dalla commissione esaminatrice.

Contesta poi il punteggio tecnico assegnato alle società controinteressate (Uber Ross s.p.a., 3D System, Device & Tech, Europa Trading, Intrauma) che, a giudizio della istante, avrebbero offerto prodotti non conformi alle caratteristiche richieste dalla disciplina di gara o, comunque, di qualità inferiore.

In data 10.5.2024 la ricorrente ha avanzato istanza di esecuzione dell'ordinanza cautelare ai sensi dell'art. 59 c.p.a., per poi rinunciare con nota depositata il 15.5.2024, avendo l'amministrazione prestato ottemperanza.

Dopo ulteriore scambio di memorie, all'udienza del 10.6.2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, occorre dare atto che nel corso del giudizio è pervenuta rinuncia alla domanda di accesso ex art. 116, comma 2, del c.p.a. avente ad oggetto la documentazione amministrativa, tecnica e l'offerta economica di altre imprese che precedono la ricorrente in graduatoria, avendo l'amministrazione osteso gli atti richiesti.

In assenza di rituale notifica di tale rinuncia ai sensi dell'art. 84, comma 3, del c.p.a., tenuto conto della produzione documentale soddisfacente dell'interesse azionato e in assenza di opposizione della parte resistente, la domanda di accesso può essere comunque dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dell'art. 35, comma 1 lett. c), del c.p.a. (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 586/2021).

Passando all'esame della domanda impugnatoria, non ha pregio l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa dell'A.S.L. per mancata tempestiva impugnazione della lex specialis.

Al riguardo, è consolidato in giurisprudenza l'assunto secondo cui, nell'ambito delle gare ad evidenza pubblica, l'onere di immediata impugnazione della lex specialis di gara è essenzialmente circoscritto al caso di contestazione di clausole escludenti, cioè riguardanti requisiti di partecipazione, mentre va escluso nei riguardi di ogni altra

clausola che risulti dotata solo di astratta e potenziale lesività, ovvero la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione può essere valutata unicamente all'esito del procedimento di scelta del contraente qualora negativo per l'operatore economico interessato. Ciò in quanto, al di fuori delle ipotesi di clausole escludenti, opera la regola secondo cui i bandi di gara devono essere impugnati unitamente agli atti che ne costituiscono concreta applicazione, dal momento che solo a questi ultimi deve ascriversi l'attualità e la concretezza della lesione alla posizione giuridica di cui è titolare la parte interessata (Consiglio di Stato, Sez. II, n. 2634/2022; Sez. IV, n. 6948/2023; n. 2634/2022).

Sono poi immediatamente impugnabili le clausole della *lex specialis* che impediscono con certezza la stessa formulazione dell'offerta, ad esempio perché impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile soddisfazione o del tutto irragionevoli, ovvero qualora risultino gravemente carenti o errati nell'indicazione dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta tecnica o economica (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 284/2021).

Ebbene, nessuna di tale ipotesi – costituenti eccezioni alla regola della non immediata impugnabilità del bando e, in quanto tali, suscettibili di stretta interpretazione (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 284/2021 citata) – sussiste nella fattispecie in esame.

E' evidente, infatti, che la lesione della posizione giuridica soggettiva della ricorrente è divenuta attuale solo con la definitiva approvazione della graduatoria che l'ha vista collocata in ultima posizione (eventualità del tutto ipotetica e verificabile solo all'esito della procedura) con conseguente operatività della previsione espulsiva di *lex specialis* censurata in questa sede. Il ricorso è stato quindi tempestivamente proposto avverso gli atti applicativi concretamente lesivi (esclusione dalla

aggiudicazione e aggiudicazione in favore delle società controinteressate) unitamente alla disposizione contenuta nella lex specialis, in qualità di atto presupposto.

Passando al merito, è fondato il primo motivo di ricorso con cui si assume la illegittimità dell'art. 21 del disciplinare di gara per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, nonché per eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità.

La citata disposizione contenuta nella lex specialis prevede quanto segue: *“La Commissione formulerà la proposta di aggiudicazione di ogni singolo lotto in favore di tutti gli operatori economici idonei in graduatoria, in applicazione dei criteri e delle modalità riportati nell'articolo precedente, ad eccezione dell'ultimo in graduatoria. L'esclusione dall'aggiudicazione dell'ultimo in graduatoria non si applicherà qualora per ogni lotto risulteranno aggiudicatari meno di cinque operatori economici ...”*.

Sotto il primo profilo, la disposizione contenuta nella lex specialis, nella misura in cui commina l'esclusione della ricorrente dalla aggiudicazione in virtù della collocazione all'ultimo posto in graduatoria, si traduce in una estromissione del concorrente che preclude al medesimo, in caso di vacatio nelle posizioni poziori, lo scorrimento in graduatoria e il conseguente eventuale affidamento.

Non è revocabile in dubbio che proprio in applicazione di tale disposizione sia stata comminata l'esclusione della società ricorrente come, peraltro, espressamente confermato dalla comunicazione ex art. 76, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 del 5.2.2024 (cfr. allegato n. 8 al ricorso), in cui è riportato che *“... risultano non idonei in graduatoria, in quanto ultimi graduati, come previsto al paragrafo 21 del Disciplinare, e pertanto esclusi dai seguenti lotti gli OE indicati di seguito: ... Lotto 1: Medifor s.r.l.”*.

Orbene, trattandosi di esclusione automatica che si verifica all'esito della conclusione della procedura selettiva e che consegue alla collocazione all'ultima posizione in graduatoria, la clausola incorre senz'altro nella previsione di nullità sancita dalla disposizione citata, secondo cui *“I bandi e le lettere di invito non possono*

contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

La disposizione di gara si palesa inoltre viziata per illogicità ed ingiustizia manifesta. Al riguardo va richiamato il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui le previsioni di un bando di gara sono espressione dell'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione per la concreta cura e per l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico assegnate dalla legge, sicché le scelte ivi operate in punto di individuazione dei requisiti di partecipazione o riguardo al criterio di aggiudicazione attengono al merito dell'azione amministrativa e sfuggono al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva la loro palese arbitrarietà, illogicità, irragionevolezza ed irrazionalità in rapporto al fine che intende concretamente perseguire l'amministrazione (T.A.R. Lazio, Roma, n. 11733/2022).

Evidente è, in primo luogo, l'illogicità della disposizione, per carenza di consequenzialità tra l'obiettivo perseguito dall'amministrazione e la scelta praticata con il disciplinare di gara attraverso la clausola di cui si controverte.

L'amministrazione riferisce nei propri scritti difensivi che la decisione della stazione appaltante di indire un accordo quadro cd. “multi-operatore” è stata determinata dalla particolare complessità degli interventi di ortopedia e traumatologia, al fine di consentire ai medici utilizzatori, sulla base delle particolari caratteristiche cliniche, di poter scegliere tra una pluralità di prodotti del medesimo lotto offerti da più operatori economici; tale criterio era quindi volto a garantire l'attuazione del principio del favor participationis, mediante la definizione di una graduatoria ampia alla quale attingere.

Secondo l'A.S.L., la previsione dell'esclusione automatica dell'ultimo concorrente in graduatoria – nel solo caso di concorrenti idonei in numero pari o superiore a 5 – avrebbe una ratio ben precisa ed individuata: quella di evitare di ingenerare negli operatori economici partecipanti - ex ante, ossia prima della formulazione

dell'offerta - la certezza di essere idonei in graduatoria, e quindi aggiudicatari, sottoscrittori e fornitori dell'A.S.L., inducendoli ad un efficace confronto concorrenziale anche a mezzo di ribasso percentuale sul listino dei prodotti offerti. Tali argomentazioni, tuttavia, non resistono ai rubricati profili di illegittimità riconducibili alle citate figure sintomatiche di eccesso di potere.

Quanto al rischio prospettato dalla stazione appaltante (che cioè la mancata introduzione della clausola contestata avrebbe generato per gli operatori economici la certezza in ordine all'aggiudicazione dell'appalto disincentivando la presentazione di ribassi percentuali) si può replicare che le esigenze rappresentate dall'amministrazione avrebbero potuto essere soddisfatte mediante l'individuazione di un numero massimo di operatori contrattualizzabili che, collocati in graduatoria in applicazione del criterio di aggiudicazione prescelto, avrebbero garantito un concreto confronto concorrenziale e, al contempo, assicurato la fornitura di una pluralità di prodotti del medesimo lotto.

Tale scelta non è stata perseguita dall'A.S.L. che non ha predeterminato un limite e, difatti, l'unica previsione contenuta nella *lex specialis* che prende in considerazione il numero degli operatori aggiudicatari è contenuta nell'art. 21 del disciplinare di gara (*“L'esclusione dall'aggiudicazione dell'ultimo in graduatoria non si applicherà qualora per ogni lotto risulteranno aggiudicatari meno di cinque operatori economici”*) e, tuttavia, fissa un numero minimo di aggiudicatari (4) senza stabilire un numero massimo.

Di contro, la previsione espulsiva è stata limitata all'ultimo soggetto, indipendentemente dal numero degli idonei, il che comprova l'illogicità della scelta perseguita che si sostanzia in una clausola di sbarramento automatico che prescinde dal numero dei partecipanti.

Tale previsione si ammanta anche di ingiustizia manifesta e disparità di trattamento poiché l'operatività della clausola espulsiva viene fatta dipendere non dalla qualità dell'offerta tecnica o dall'entità del ribasso percentuale, bensì da un fattore

puramente casuale quale il numero dei partecipanti in gara; difatti, nel caso di un ristretto numero di operatori inferiore a 5 tale estromissione non sarebbe stata disposta, laddove l'esclusione sarebbe stata disposta in danno (solo) dell'ultimo operatore graduato qualunque fosse stato il numero dei partecipanti idonei.

Alla luce delle considerazioni svolte, in accoglimento del primo motivo di diritto va quindi accolto il ricorso con conseguente annullamento del gravato provvedimento di esclusione e con conferma della riammissione della società ricorrente tra i soggetti aggiudicatari, già disposta in fase cautelare, secondo l'ordine di graduatoria approvato dalla stazione appaltante.

L'accoglimento del primo motivo di gravame consente di assorbire gli ulteriori motivi di gravame – ribaditi con i motivi aggiunti – in quanto articolati in via espressamente gradata dalla società ricorrente (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 5/2015, par. 8 secondo cui *“la graduazione impedisce, pertanto, al giudice di passare all'esame dei vizi – motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze”*). Per l'effetto, resta assorbita la domanda risarcitoria avendo la ricorrente conseguito il soddisfacimento del proprio interesse principale a partecipare alla selezione concorsuale e a conseguire l'affidamento.

La regolazione delle spese di giudizio segue la soccombenza nella misura indicata in dispositivo, in applicazione del criterio della soccombenza, così come il rimborso dei contributi unificati versati per il gravame introduttivo e i motivi aggiunti ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis.1, del D.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - NAPOLI (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- dichiara improcedibile la domanda ex art. 116, comma 2, del c.p.a. avanzata dalla parte ricorrente;

- accoglie per il resto il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei limiti dell'interesse di parte ricorrente nei sensi indicati in motivazione;

- condanna l'A.S.L. Caserta al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, e al rimborso dei contributi unificati versati per il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO