

Pubblicato il 09/01/2023

N. 00042/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00800/2022 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 per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 800 del 2022, proposto da Linde Medicale S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Biamonti, Federico Mazzella e Niccolo Antonino Gallitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Luigi Biamonti, in Roma, Lungotevere Michelangelo, 9;

contro

Azienda Sanitaria Locale Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Libera Valla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Vivisol S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore Generale della Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari n. 0001307 del 5.7.2022 di (i) presa d'atto degli esiti della "Procedura negoziata, tramite la piattaforma telematica EmPULIA, ai

sensi dell'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., per il noleggio (periodo di 12 mesi) di concentratori di ossigeno portatili - CODICE 04.03.18.006; dispositivi pep a vibrazioni - CODICE 04.03.27.012, di cui all'allegato 5, elenco 2B del DPCM 12 gennaio 2017, necessari a fabbisogni dei Distretti Socio Sanitari dell'ASL BA” - e, con essi, dell'esclusione disposta nei confronti della ricorrente Linde Medica - e (ii) aggiudicazione della gara in favore della controinteressata Vivisol;

- del parere prot. 37089/2022 del 31.5.2022, a firma del Dirigente Medico del DSS11 della ASL Bari - comunicato con p.e.c. in data 8.6.2022 ed allegato alla D.D. n. 1307/2022 - di non conformità dell'offerta della ricorrente Linde Medica;

- del verbale di gara n. 3 relativo alla seduta dell'8.6.2022 avente ad oggetto “Comunicazione degli esiti della verifica di conformità” ed allegato alla D.D. n. 1307/2022, nel quale il Seggio di gara ha dato atto del parere “non conforme” reso dall'organismo tecnico monocratico nei confronti dell'offerta della ricorrente Linde Medica;

- della nota prot. 87947/2022 del 5.7.2022, a firma del dirigente amministrativo del DSS11/12 della ASL di Bari - comunicata a mezzo p.e.c. in pari data - di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela avanzata - con p.e.c. inviata in data 1.7.2022 - dalla ricorrente Linde Medica in relazione al giudizio di non conformità espresso nei confronti della propria offerta;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e, comunque, connesso, ivi compresi, per quanto occorrer possa e nei limiti dei motivi proposti:

- il verbale di gara n. 1 relativo alla seduta del 16.2.2022 di apertura della documentazione amministrativa ed allegato alla D.D. n. 1307/2022;

- il verbale di gara n. 2 relativo alla seduta del 3.3.2022 di apertura delle offerte economiche e tecniche ed allegato alla D.D. n. 1307/2022;

nonché

per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto dalla ASL Bari con la controinteressata Vivisol per l'affidamento dell'appalto di cui alla gara oggetto di giudizio e del conseguente diritto della ricorrente all'aggiudicazione ed all'eventuale subentro nello svolgimento dell'appalto;

nonché

per la condanna

dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a:

a) disporre l'aggiudicazione della procedura selettiva oggetto di giudizio in favore della ricorrente, risultata in posizione utile nella graduatoria stilata dal Seggio di gara all'esito dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e quelle economiche (cfr. verbale n. 2);

b) in subordine, al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per l'illegittima pretermissione dallo svolgimento della piena fornitura di cui alla gara oggetto di giudizio;

c) in via parimenti subordinata, al risarcimento del danno professionale e d'immagine conseguente alla mancata futura possibilità per la ricorrente di indicare l'aggiudicazione della gara di cui è causa ed il conseguente intero svolgimento della relativa fornitura tra i requisiti di qualificazione delle future gare d'appalto, di analogo oggetto, alle quali intenderà partecipare;

d) in ulteriore ed estremo subordine, procedere alla riedizione della procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2022 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e presenti a verbale gli avvocati Luigi Biamonti, Antonino Gallitto Niccolo e Federico Mazzella, per la ricorrente Linde Medicaale Srl, e l'avv. Libera Valla, per l'azienda sanitaria Locale di Bari, a

seguito dell'istanza di passaggio in decisione senza la discussione orale depositata dall'avvocato Federico Mazzella, anche per gli avvocati Luigi Biamonti e Antonino Gallitto Niccolo, controfirmata dall'avvocato Libera Valla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 8.7.2022 e depositato il 13.7.2022, la società Linde Medica S.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere l'annullamento dei provvedimenti meglio indicati in oggetto.

Esponiva in fatto che la Azienda sanitaria locale di Bari indiceva una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., tramite la piattaforma telematica Empulia, per il noleggio di concentratori di ossigeno portatili e di dispositivi PEP a vibrazioni, a cui invitava tutte le ditte iscritte alla categoria merceologica di riferimento.

L'importo complessivo dell'appalto era stimato in euro 103.440,00, Iva esclusa, di cui, secondo la lettera d'invito, euro 58.080,00 a base d'asta per n. 44 concentratori di ossigeno ed euro 45.360,00 a base d'asta per n. 108 dispositivi PEP.

La lettera di invito medesima prevedeva inoltre, quale criterio di aggiudicazione della gara, il prezzo più basso ai sensi dell'art. 95, comma 4, del D.Lgs. 50/2016.

In base alle previsioni della lettera di invito e del capitolato tecnico e, in tesi, attenendosi a tutte le indicazioni ivi prescritte, la società Linde presentava sulla piattaforma telematica un'offerta di partecipazione alla gara.

L'ASL di Bari, con verbali n. 2 e n. 3 dell'8.6.2022, disponeva l'esclusione dalla gara della ricorrente e, con la successiva deliberazione del Direttore Generale della ASL Bari n. 1307 del 5.7.2022, disponeva l'aggiudicazione della gara in favore di Vivisol S.r.l.

In particolare, nella delibera direttoriale n. 1307 del 5.7.2022 si legge che *“il dirigente medico Responsabile dell’UO di Assistenza Specialistica del DSS 11-12, chiamata a valutare le offerte in gara, dott.ssa Maria Concetta L’Abbate, ha ritenuto le offerte presentate dalle ditte classificatesi 1° e 2° in graduatoria non conformi rispetto a quanto prescritto dalla lex specialis ... come espressamente risulta dalle note prott.nn. 31214 del 06/05/2022 e 37089 del 31/05/2022 allegata al verbale di gara n. 3 del giorno 08/06/2022, che forma parte integrante e sostanziale del presente atto”*.

Proposta istanza di annullamento in autotutela avverso la disposta esclusione, essa veniva respinta dall’Amministrazione aslina.

Insorgeva in giudizio avverso tale esclusione l’odierna ricorrente, chiedendo l’annullamento dei provvedimenti come indicati in oggetto.

In particolare, avverso i medesimi la ricorrente articolava le seguenti censure:

“I. – Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. e degli artt. 30, 36, 80, 81, 82, 83, 86, 94 e 95 del D.Lgs. 50/2016 e della Lettera d’invito prot. 6367 del 27.1.2022; difetto di motivazione e carenza di istruttoria; eccesso di potere per contraddittorietà, travisamento dei fatti, perplessità, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta.”;

“II. – (in subordine) Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. e degli artt. 30, 36, 94, 95 e 133, co. 8, del D.Lgs. 50/2016; eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, par condicio, separazione tra offerta tecnica ed offerta economica e segretezza delle offerte economiche.”.

Veniva altresì introdotta specifica domanda di tutela cautelare.

In data 25.7.2022 si costituiva in giudizio l’Azienda sanitaria locale di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, instando per la reiezione del gravame in quanto infondato.

In data 28.7.2022 con ordinanza collegiale n. 348, il Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe fissava direttamente l’udienza per la trattazione del merito del ricorso.

All’udienza pubblica del 22.11.2022, la causa era definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso è infondato nel merito e, pertanto, non è meritevole di accoglimento.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente ritiene che il giudizio di non conformità sarebbe illegittimo perché:

- sarebbe stato reso sull'offerta economica e non su quella tecnica, nonostante questa fosse l'unica a ciò espressamente deputata;
- contrariamente a quanto sostenuto dall'organo tecnico e dal Rup, l'offerta economica non sarebbe assolutamente indeterminata, stante l'evidente collegamento con l'allegata relazione tecnica;
- non sarebbe stato attivato il soccorso istruttorio procedimentale.

L'argomentazione svolta non è fondata.

Come correttamente messo in evidenza dalla difesa aslina, nelle procedure di evidenza pubblica aggiudicate con il criterio del massimo ribasso l'aggiudicazione avviene automaticamente nei confronti del concorrente che ha offerto il prezzo più basso.

Nel verbale n. 2, infatti, è espressamente evidenziato che "Il Presidente del Seggio di Gara comunica che l'aggiudicazione avverrà quindi nei confronti della ditta prima in graduatoria, previa verifica di conformità dei prodotti offerti alle specifiche/requisiti previsti nel capitolato tecnico da parte dell'organo tecnico".

Ciò significa che nelle procedure affidate con il criterio del massimo ribasso deve essere integralmente autosufficiente sinanche la sola offerta economica.

In altri termini, l'offerta economica deve essere "completa", permettendo alla Stazione Appaltante di individuare con sicurezza il prodotto offerto.

L'individuazione precisa del prodotto è, infatti, un elemento essenziale dell'offerta economica che, in sua carenza, ne determina senz'altro la esclusione.

L'organo tecnico per individuare il prodotto da valutare non poteva non tenere in stretta considerazione la descrizione del medesimo per come effettuata nell'offerta economica.

Del resto, la mancanza di riferimenti precisi dei prodotti nella scheda di offerta economica impedisce di poterli collegare alle schede contenute nella documentazione tecnica presentata dalla ricorrente.

La ricorrente, in proposito, sostiene che la Stazione Appaltante avrebbe dovuto azionare il soccorso istruttorio procedimentale.

A tal riguardo è opportuno evidenziare che l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede espressamente che le carenze formali di una domanda di partecipazione ad una gara possono essere sanate attraverso la procedura del c.d. soccorso istruttorio “...con esclusione di quelle (carenze) afferenti all'offerta economica ed all'offerta tecnica”.

Alla luce della sopra richiamata formulazione normativa, la giurisprudenza ha costantemente opposto un diniego a qualsiasi forma di soccorso istruttorio con riferimento alla parte tecnica ed economica dell'offerta, confermando che “nella fase precedente all'esame dell'offerta tecnica ed economica la stazione appaltante, in caso di carenze formali, ha l'alternativa tra l'esclusione dalla gara della concorrente o il c.d. soccorso istruttorio, mentre nella fase dell'esame di dette offerte -già ammesse - l'amministrazione non può consentire integrazioni. Ciò perché non può essere consentita al concorrente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, impedendo così l'applicazione dell'istituto per colmare carenze dell'offerta tecnica al pari di quella economica.” (cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 1030 del 13 febbraio 2019).

Sulla scorta di tanto, l'istituto del soccorso istruttorio deve dunque ritenersi limitato agli elementi non riguardanti il contenuto dell'offerta tecnica ed economica, potendo altrimenti determinare una violazione del principio di *par condicio*, oltre ad una evidente integrale alterazione del meccanismo di selezione della miglior offerta in gara.

Si evidenzia, pertanto, che l'interlocuzione fra Stazione Appaltante ed operatori economici è possibile e può essere attuata attraverso il soccorso istruttorio anche nella fase successiva a quella amministrativa, a condizione che sia rigorosamente rispettato il divieto di modificazione e/o integrazione

postuma dell'offerta e nei soli casi di inesattezze ed imprecisioni dell'offerta causati dalla non chiara formulazione della *lex* di gara o da altra causa non imputabile al concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 2146 del 27 marzo 2020).

Nel caso di specie, le difformità rilevate dall'organo tecnico costituiscono “*imprecisioni dell'offerta o difformità di essa rispetto alle prescrizioni del capitolato prestazionale*”; la Stazione Appaltante, pertanto, non avrebbe potuto pertanto attivare il soccorso istruttorio procedimentale senza violare la menzionata *par condicio* fra i partecipanti.

Con il secondo motivo la stessa ricorrente sostiene, invece, in via subordinata che il seggio di gara, aprendo le offerte economiche prima della valutazione di conformità dell'organo tecnico, avrebbe posto in essere un'inversione procedimentale contraria alla legge e alla *lex specialis*.

Orbene, l'inversione dell'*iter* procedimentale in concreto verificatasi, peraltro già tracciata dalla lettera di invito, ha, a tutto voler concedere, assunto i tratti di una mera irregolarità formale che non ha inciso sui principi di segretezza delle offerte, di imparzialità e buon andamento.

Ed invero, la documentazione tecnica a corredo dell'offerta economica non prevedeva l'attribuzione di alcun punteggio e non comportava alcuna valutazione; l'aggiudicazione infatti doveva avvenire automaticamente alla ditta che indicava nell'offerta economica il prezzo più basso, ai sensi dell'art. 95, comma 4.

Con la conseguenza che il giudizio tecnico risultava essere un mero giudizio di conformità, necessario per stabilire la rispondenza del prodotto alle esigenze manifestate dalla Stazione Appaltante con l'indizione della procedura negoziata e non volto a selezionare o graduare l'offerta migliore.

Su tali presupposti, la scelta di richiedere la relazione tecnica e la relativa documentazione già in sede di gara veniva determinata dalla necessità di provvedere nel più breve tempo possibile a soddisfare l'esigenza per cui la gara era stata bandita.

Da ciò derivava che l'apertura delle offerte economiche prima di quelle tecniche non finiva per incidere in alcun modo sull'esito vincolato di una procedura, quale quella in esame, con criterio di aggiudicazione al massimo ribasso.

Poiché, pertanto, ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, “*il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”, tale modalità di gestione del procedimento selettivo in questione non può essere utilmente censurata sul punto.

Da quanto sin qui esposto consegue che le risultanze dell'operato della Stazione Appaltante sono legittime e che il ricorso introduttivo del giudizio risulta infondato nel merito.

Da ultimo, le spese di lite possono essere integralmente compensate, tenuto conto della peculiarità e questionabilità in fatto del caso in esame.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Donatella Testini, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE
Rita Tricarico

IL SEGRETARIO