

Publicato il 23/08/2021

N. 02435/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00135/2021 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 Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 135 del 2021, proposto da Pikkare S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Alemani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Siciliana – Presidenza della Regione Siciliana – Dipartimento Regionale Protezione Civile, Regione Siciliana – Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Protezione Civile, Capo della Protezione Civile, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Medical Systems S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Mania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- la nota prot. 0002239/S.05/DRPC Sicilia del 14.01.2021, con cui il RUP ha disposto l'esclusione dell'operatore economico PIKDARE S.p.A. dal Lotto 1 della procedura negoziata senza indizione di gara ex art. 63, D. Lgs. 50/2016 e relativa alla “*Acquisizione per lo svolgimento di attività connesse alla mitigazione della Pandemia da COVID 19*” di n. 1.000.000 di test rapidi per la rilevazione qualitativa su card di antigeni specifici per Sars COV-2 da tamponi rinofaringei, con o senza l'ausilio di analizzatori strumentali per la lettura (lotto n. 1) e n.500.000 di test rapidi per la rilevazione qualitativa su card di antigeni specifici per Sars COV-2 da prelievi salivari con e senza l'ausilio di analizzatori strumentali per la lettura (lotto n. 2)” (CUP – G79C20000040001. Lotto 1 - CIG 8533800A88).

- la disposizione n. 66 del 15/01/2021 del Preposto all'ufficio del Soggetto Attuatore, di approvazione degli atti di gara e della determina del RUP n. 11 del 15/01/2021, nonché di aggiudicazione del Lotto 1 della sopra descritta procedura negoziata senza indizione di gara ex art. 63, D.Lgs. 50/2016 (in uno con tutti gli atti e documenti a essa eventualmente allegati quale parte integrante e sostanziale), all'operatore economico Medical Systems S.P.A;

- la determina n. 11 del 15 gennaio 2021, di modifica della graduatoria finale contenuta nel Verbale n. 7 (trasmesso dal Presidente della Commissione di gara con nota prot. 70560/DRPC Sicilia del 23.12.2020) e recante proposta di aggiudicazione della procedura negoziata sopra descritta (lotto 1) all'operatore economico Medical Systems S.P.A;

- ove occorrere possa, tutti i verbali di gara, ivi compresi i verbali nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 (non conosciuti dalla ricorrente), e il verbale n. 7, nei limiti di cui ai motivi di ricorso e nei limiti dell'interesse della ricorrente; nonché tutti gli ulteriori verbali di gara, di seduta pubblica o riservata, anche di data e tenore sconosciuti, in parte qua ossia nella parte in cui incidano sfavorevolmente sulla sfera giuridico-patrimoniale della ricorrente;

- la nota prot. 71555/S.05/DRPC Sicilia del 30.12.2020 con cui il RUP chiede all'operatore economico PIKDARE S.p.A. di fornire le giustificazioni previste

ai sensi dell'art. 97, Cod. contr. pubbl.;

- la Lettera d'invito prot. 64955/S.02/DRPC Sicilia del 30.11.2020, contenente le disposizioni di carattere generale ed il disciplinare di gara, ove occorrere possa e nei limiti di cui in ricorso (lotto n. 1) e dei relativi motivi e nei limiti dell'interesse della ricorrente, nonché, entro i medesimi limiti, di tutti gli eventuali, ulteriori atti e documenti di gara (ivi inclusi l'Allegato Tecnico, nonché l'eventuale bando di gara);
- la Determina a contrarre del RUP n. 267 del 22.10.2020, non conosciuta dalla ricorrente e, ove occorrere possa, della Disposizione di autorizzazione a contrarre n. 956 del 29.10.2020, del pari incognita dalla ricorrente;
- nonché, ogni altro atto e provvedimento, anche non relativo alla presente procedura, di data ed estremi sconosciuti, nonché ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente.

NONCHÉ, DICHIARARE L'INEFFICACIA

del contratto di appalto e di ogni altro eventualmente stipulato e/o stipulando con la società aggiudicataria;

E PER LA CONSEGUENTE CONDANNA

al risarcimento dei danni subiti (e subendi) dalla ricorrente, anche in forma specifica, mediante aggiudicazione della commessa e subentro nei contratti eventualmente, medio tempore, stipulati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni regionali resistenti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore il dott. Calogero Commandatore nell'udienza del giorno 2 luglio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto e uditi in tale modalità i difensori delle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

§1. Con ricorso notificato il 21 gennaio 2021 e depositato il successivo 25 gennaio, la società ricorrente ha esposto:

- di avere partecipato a una gara indetta ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016 dal Dipartimento Regionale della Protezione Civile per la Sicilia, in qualità di Soggetto Attuatore della OCDPC n. 630/2020, suddivisa in due lotti, per la fornitura di test rapidi per la rilevazione dell'antigene specifico del virus SARS-COV-2 e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 36, comma 9 *bis* del d.lgs. n. 50/2016;
- di avere formulato un'offerta economica complessiva di € 2.220.000,00 per il lotto 1, destinato a fornire un numero assai rilevante di test rapidi (1.000.000) per la rilevazione qualitativa su card di antigeni specifici per Sars COV-2 da tamponi rinofaringei, con o senza l'ausilio di analizzatori strumentali per la lettura;
- di avere ottenuto l'aggiudicazione provvisoria del predetto lotto essendosi collocata al primo posto, all'esito della seduta pubblica del 23 dicembre 2020, come risultante dal relativo verbale di gara (Verbale n. 7, trasmesso al RUP con nota prot. 70560/DRPC Sicilia del 23.12.2020), e avendo la Commissione di gara, dato conto di non avere riscontrato alcuna offerta anomala ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016;
- di avere ricevuto dal RUP, con nota prot. 71555 del 30.12.2020, la richiesta di fornire le giustificazioni previste ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 entro sette giorni;
- di avere evaso tale richiesta di giustificazioni con nota dell'11 gennaio 2021, ritenute insufficienti dal RUP;
- di essere stata pertanto esclusa dalla gara dal RUP con nota prot. 2239 del 14.01.2021 con conseguente aggiudicazione del lotto all'odierna contro-interessata.

Ciò esposto, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti in oggetto articolando i seguenti motivi:

1) Annullabilità – Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, D.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 69 della Direttiva n. 2014/24. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8.2. Lettera d'invito. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 10 *bis*, l. n. 241/90. Eccesso di potere – violazione del principio di concorrenzialità e necessaria selezione del miglior contraente, non discriminazione e *par condicio* – violazione del principio di soccorso istruttorio – difetto di motivazione – contraddittorietà con precedente atto della procedura – manifesta ingiustizia, illogicità e irragionevolezza, sproporzione e sviamento – violazione del *ne bis in idem* e carenza di potere in concreto. Incompetenza.

2) Annullabilità – Violazione di legge – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, D.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8.2. Lettera d'invito. Eccesso di potere – violazione del principio del contraddittorio procedimentale – violazione di non discriminazione, *par condicio* e massima partecipazione alle gare – violazione del principio di soccorso istruttorio – manifesta ingiustizia, illogicità e irragionevolezza, sproporzione e sviamento.

Si è costituita in giudizio l'impresa contro-interessata che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Per le amministrazioni resistenti si è costituita l'Avvocatura dello Stato che ha eccepito il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione

Civile e dell'Assessorato Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana chiedendo il rigetto del ricorso nel merito.

In vista della camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare la ricorrente e la contro-interessata hanno depositato memorie.

Alla camera di consiglio del 10 febbraio 2021, su richiesta delle parti, la causa è stata rinviata al merito in vista del quale le parti hanno depositato memorie

ex art. 73, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

All'udienza del 2 luglio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve accogliersi l'eccezione di difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile e dell'Assessorato Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana, poiché soggetti che non hanno indetto la procedura di evidenza pubblica in contestazione e non hanno emanato i relativi atti, sicché per tali enti deve disporsi l'estromissione (nozione afferente alle ipotesi di cui agli artt. 108, 109 e 111 c.p.c., ma suscettibile di essere estesa anche alle ipotesi di difetto di legittimazione passiva).

Ancora, in via preliminare, deve rilevarsi come la contro-interessata abbia rilevato, in seno alla memoria depositata il 15 giugno 2021, l'integrale esecuzione della fornitura oggetto del lotto in contestazione eccependo la conseguente cessazione della materia del contendere.

L'eccezione è infondata.

E invero, la società ricorrente non solo ha spiegato una domanda risarcitoria che impedisce di ritenere soddisfatta, ai sensi dell'art. 34, comma 5, c.p.a., la pretesa avanzata con il ricorso, ma inoltre, la previsione, contenuta nella lettera d'invito, di un'eventuale estensione della fornitura sino alla concorrenza del 100% della richiesta attuale, mantiene in capo alla ricorrente l'interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto in prospettiva della stipula di un nuovo contratto di fornitura.

Ciò premesso, il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

Giova innanzitutto rilevare come il potere della stazione appaltante di verificare la congruità dell'offerta presentata dalla ricorrente non possa ritenersi in astratto escluso dalla previsione dell'art. 7 della lettera invito che – riproducendo il disposto dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 sulla verifica obbligatoria dell'anomalia delle “*offerte che presentano sia i punti relativi al*

prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara” – ha espressamente ribadito che “(...) *il calcolo della soglia di anomalia verrà effettuato solo nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre*”.

L’art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, richiamato dalla *lex specialis*, disciplina i casi in cui, a fronte di specifici e tassativi indici di anormalità (“*offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara*”) e del numero di offerte ammesse, la verifica dell’anomalia dell’offerta è da considerarsi obbligatoria per la stazione appaltante.

Ciò non esclude, però, che ai sensi dell’art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante, anche in assenza dei presupposti vincolati di cui al citato comma 3 dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, possa procedere discrezionalmente a verificare l’eventuale anomalia dell’offerta presentata anche nelle ipotesi di procedura di appalto da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta più vantaggiosa (T.A.R., Campania, Salerno, Sez. I, 23 agosto 2019, n. 1479).

Nel caso che ci occupa, infatti, la stazione appaltante – pur non essendo obbligata ad attivare il subprocedimento previsto dall’art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, in ragione del numero esiguo delle offerte ammesse (solo due) – ha legittimamente scelto di sottoporre a verifica di congruità l’offerta dell’impresa ricorrente in ragione della riscontrata sussistenza indice di anormalità.

Ciò premesso, il provvedimento di esclusione della ricorrente adottato dalla stazione appaltante si fonda su una duplice motivazione e segnatamente:

- sul ritardo con cui le giustificazioni sono state depositate;
- *“che le giustificazioni rese da codesto operatore economico appaiono piuttosto generiche e prive di allegata documentazione, non rendono immediatamente rilevabili e comprensibili le*

ragioni dell'offerta proposta e non consentono di apprezzare l'idoneità e l'adeguatezza dell'offerta (sospettata di anomalia)".

In ordine alla tardività delle giustificazioni depositate dalla ricorrente, oggetto delle censure articolate con il secondo motivo di ricorso, deve evidenziarsi come il termine di giorni sette assegnato dal RUP – seppure non rispondente al dettato dell'art. 97 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 che espressamente prevede, la concessione di un termine dilatorio non inferiore a quindici giorni (T.A.R. Veneto, n. 1052/2018) – non ha concretamente inciso sull'effettività del contraddittorio.

Deve, infatti, rilevarsi come la lesione di tale termine dilatorio non ha prodotto nessun effettivo pregiudizio in capo ricorrente giacché, conformemente a quanto predicato dall'orientamento giurisprudenziale prevalente, in ragione della natura meramente ordinatoria e non perentoria del termine di cui all'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 (Cons. Stato, n. 5499/2018), il RUP ha comunque valutato le giustificazioni rese dalla ricorrente, ritenendole generiche e insufficienti.

Né la parte ricorrente ha allegato e comprovato che la lamentata compressione del termine a contraddire abbia effettivamente inciso sulle sue potenzialità argomentative in sede di giustificazioni comportando un concreto pregiudizio al dialogo procedimentale.

Anche il secondo motivo di ricorso non è fondato.

E invero, mentre la valutazione favorevole delle giustificazioni dell'offerta sottoposta a verifica di anomalia non necessita di un particolare onere motivazionale, laddove, invece, l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, disponendone l'esclusione, deve ritenersi gravata di uno obbligo di motivazione specifico (Cons. Stato, n. 3169/2021, Cons. Stato, n. 544/2021) che, nel caso che ci occupa, è stato assolto dal RUP con l'indicazione di un criterio che la legge presume *iuris tantum* come sintomo di anomalia dell'offerta.

Va inoltre ribadito il consolidato principio per cui “*nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta – finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte – ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile*” (ex plurimis, Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2051).

Detto giudizio, inoltre, costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della commissione di gara o del RUP, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni dell'amministrazione è circoscritto al profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione. Analogamente, anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità potrebbe esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della pubblica amministrazione...” (Cons. Stato, n. 1655/2020; nello stesso senso, fra le tante, Cons. Stato, n. 5665/2015).

Nel caso che ci occupa, il giudizio di genericità e insufficienza delle giustificazioni formulato dal RUP non appare manifestamente illogico o irragionevole.

E invero, la ricorrente non ha indicato quali fossero le specifiche e concrete condizioni in grado di superare la presunzione di anomalia dell'offerta presentata limitandosi genericamente a richiamare il processo di fabbricazione, l'avanguardia delle soluzioni tecniche adottate e le convenienze

dell'operare in base a economie di scala, di godere dell'affidabilità dei propri fornitori, di avere una filiera corta e di avere una condizione logistica favorevole.

Anche il *report* di analisi dei costi consta di una mera griglia che non spiega, neppure sinteticamente, l'effettiva incidenza dei costi e la possibilità di ricavare un utile d'impresa.

A fronte di tali generiche giustificazioni, l'istaurazione di un'ulteriore fase di dialogo con la ricorrente non può ritenersi dovuta da parte del RUP, giacché, non vertendosi in un'ipotesi di giustificazioni incomplete o poco chiare in alcuni profili, tale ulteriore passaggio procedimentale deve considerarsi non obbligatorio, e forse financo ultroneo, ancor più in considerazione dell'urgenza della fornitura oggetto di appalto.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese di lite, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza avendo riguardo che per le amministrazioni statali e regionali difese dall'Avvocatura dello Stato la liquidazione dei compensi viene effettuata in modo unitario in ragione dell'identità delle posizioni processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

- estromette dal giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Assessorato Infrastrutture e Mobilità della Regione Siciliana;
- rigetta il ricorso;
- condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite che si liquidano in euro 1.500,00 (millecinquecento) oltre al rimborso delle spese forfettarie ex art. 2, comma 2, del d.m. n. 55/2014, della C.P.A. dell'I.V.A., nella misura di legge in favore della parte contro-interessata e, in pari misura, in solido fra loro, in favore di tutte le amministrazioni statali e regionali difese dall'Avvocatura dello Stato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020 conv. in l. n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Maisano, Presidente

Raffaella Sara Russo, Referendario

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Nicola Maisano

IL SEGRETARIO