Sentenza T.A.R. Puglia n. 730 del 20/05/2022

Massima: …*dal punto di vista della qualificazione del contributo ANAC come elemento formale e non essenziale - poiché non riguardante l'offerta economica e/o tecnica - un recente orientamento giurisprudenziale ha chiarito che "il soccorso istruttorio, oltre a consentire operazioni di completamento o chiarimento della domanda, permette di sanare le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, ossia la mancanza e l'incompletezza della stessa, nonché ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché la stessa non riguardi l'offerta economica o tecnica in sé considerata"*

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 432 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Sismed S.r.l.., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Di Pardo e Flavio Lorusso, con domicilio eletto presso Flavio Lorusso, in Bari, via Putignani, 50;

contro

Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Scarpellini Camilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Innovapuglia S.p.A., Empulia - Innovapuglia S.p.A., non costituite in giudizio;

nei confronti

Zimmer Biomet Italia S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 2088 del 03.12.2021 con cui la ASL BT ha indetto la gara per la conclusione di un accordo quadro *ex* art. 54 d.lgs. n. 50/2016 per la fornitura quadriennale di protesi ortopediche e dispositivi specialistici per traumatologia, materiale accessorio e correlati servizi per la ASL BT, n. gara 8377539, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- del bando di gara, disciplinare di gara (prot. n. 0088921 del 23.12.2021) del capitolato, nonché dei rispettivi allegati;

- di tutti i chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante ai quesiti (FAQ) formulati dagli aspiranti concorrenti;

- della nota della ASL BT, Prot. n. 0009792 del 07.02.2022, recante la sospensione e la proroga del termine per la presentazione delle offerte;

- di tutti gli avvisi con cui la Stazione appaltante ha comunicato le sedute di apertura delle buste;

- del provvedimento di nomina del seggio di gara e della commissione di valutazione delle offerte;

- di tutti i verbali di gara, ivi compresi i relativi allegati, anche dei verbali n. 1 del 17.2.2022; n. 2 del 18.2.2022; n. 3 del 21.2.2022; n. 4 del 3.3.2022;

- di tutte le comunicazioni effettuate dalla Stazione appaltante, ivi comprese: Comunicazione Generica Protocollo PI035520-22 del 17.02.2022; Comunicazione Generica Protocollo PI036098-22 del 18.02.202 Comunicazione di Verifica Integrativa Protocollo PI039788-22 del 22.02.2022; Comunicazione Generica Protocollo PI040871-22 del 23.02.2022;

- dei provvedimenti con cui la Stazione appaltante ha disposto l'avvio e concluso la procedura di soccorso istruttorio nei confronti della Sismed;

- dei provvedimenti, con estremi sconosciuti, con cui la ASL BT ha disposto l'esclusione della Sismed dai Lotti 8 e 9;

- della determinazione n. 1581 del 25.3.2022 con cui la ASL BT ha disposto l'esclusione della Sismed dai Lotti 8 e 9;

- della graduatoria finale, eventualmente disposta e per la parte di interesse e relativa ai Lotti 8 e 9;

- dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e l'approvazione dei verbali di gara eventualmente adottati dalla Stazione appaltante per i Lotti 8 e 9;

- della comunicazione *ex* art. 76, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 del provvedimento di aggiudicazione;

- dell'eventuale provvedimento di declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione dei Lotti 8 e 9;

- ove di interesse, della deliberazione del commissario straordinario n. 225 del 15.02.2022;

nonché

- per l'annullamento e/o per la declaratoria di inefficacia e/o di nullità degli accordi quadro, nonché dei conseguenti contratti attuativi, eventualmente stipulati dalla Stazione appaltante per i Lotti 8 e 9;

nonché

- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale e comunque lesivo, ancorché dalla medesima non conosciuto;

nonché

- per la condanna al risarcimento danni in forma specifica e, in via subordinata, per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Sismed S.r.l. il 8.4.2022:

per l'annullamento

- della deliberazione n. 2088 del 03.12.2021 con cui la ASL BT ha indetto la gara per la conclusione di un accordo quadro *ex* art. 54 d.lgs. n. 50/2016 per la fornitura quadriennale di protesi ortopediche e dispositivi specialistici per traumatologia, materiale accessorio e correlati servizi per la ASL BT, n. gara 8377539, da aggiudicare con il criterio dell'offerto economicamente più vantaggiosa;

- del bando di gara, disciplinare di gara (prot. n. 0088921 del 23.12.2021) del capitolato, nonché dei rispettivi allegati;

- di tutti i chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante ai quesiti (FAQ) formulati dagli aspiranti concorrenti;

- della nota della ASL BT, prot. n. 0009792 del 07.02.2022, recante la sospensione e la proroga del termine per la presentazione delle offerte;

- di tutti gli avvisi con cui la Stazione appaltante ha comunicato le sedute di apertura delle buste;

- del provvedimento di nomina del seggio di gara e della commissione di valutazione delle offerte;

- di tutti i verbali di gara, ivi compresi i relativi allegati, anche dei verbali n. 1 del 17.2.2022; n. 2 del 18.2.2022; n. 3 del 21.2.2022; n. 4 del 3.3.2022;

- di tutte le comunicazioni effettuate dalla Stazione appaltante, ivi comprese: Comunicazione Generica Protocollo PI035520-22 del 17.02.2022; Comunicazione Generica Protocollo PI036098-22 del 18.02.202 Comunicazione di Verifica Integrativa Protocollo PI039788-22 del 22.02.2022; Comunicazione Generica Protocollo PI040871-22 del 23.02.2022;

- dei provvedimenti con cui la Stazione appaltante ha disposto l'avvio e concluso la procedura di soccorso istruttorio nei confronti della Sismed;

- dei provvedimenti, con estremi sconosciuti, con cui la ASL BT ha disposto l'esclusione della Sismed dai Lotti 8 e 9;

- della determinazione n. 1581 del 25.3.2022 con cui la ASL BT ha disposto l'esclusione della Sismed dai Lotti 8 e 9;

- della graduatoria finale, eventualmente disposta e per la parte di interesse e relativa ai Lotti 8 e 9;

- dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e l'approvazione dei verbali di gara eventualmente adottati dalla Stazione appaltante per i Lotti 8 e 9;

- della comunicazione *ex* art. 76, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 del provvedimento di aggiudicazione;

- dell'eventuale provvedimento di declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione dei Lotti 8 e 9;

- ove di interesse, della deliberazione del commissario straordinario n. 225 del 15.02.2022;

nonché

- per l'annullamento e/o per la declaratoria di inefficacia e/o di nullità degli accordi quadro, nonché dei conseguenti contratti attuativi, eventualmente stipulati dalla Stazione appaltante per i Lotti 8 e 9;

nonché

- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale e comunque lesivo, ancorché dalla medesima non conosciuto;

nonché

- per la condanna al risarcimento danni in forma specifica e, in via subordinata, per la condanna al risarcimento dei danni per equivalente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2022 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori avv.ti Giuliano Di Pardo e Flavio Lorusso, per la società ricorrente, e l'avv. Andrea Scarpellini Camilli, per l'Azienda sanitaria;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza in forma semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato e depositato in Segreteria in data 6.4.2022, la società Sismed s.r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere le pronunce di annullamento e di condanna meglio indicate in oggetto.

Esponeva in fatto di aver partecipato ad una gara d'appalto indetta dalla Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, da svolgersi sulla piattaforma "Empulia", finalizzata alla conclusione di un

accordo quadro *ex* art. 54, d.lgs. n. 50/2016, di durata quadriennale, per la fornitura di protesi ortopediche, dispositivi per la traumatologia, materiale accessorio e correlati servizi.

Nel corso della predisposizione della domanda di partecipazione alla gara e dei documenti allegati, la società Sismed s.r.l. riscontrava un malfunzionamento del portale informatico che le impediva di pagare il relativo contributo, evidenziandosi in particolare che "*il Portale dell'ANAC non consentiva il pagamento dei contributi ANAC per i Lotti di Gara N. 8 e 9, risultando nella relativa schermata importo zero*" (cfr. atto notorio allegato al ricorso).

Per tale motivo parte ricorrente nel presentare la propria domanda di partecipazione, altresì depositava una dichiarazione cautelativa nella quale evidenziava come non fosse stato possibile versare i contributi per i lotti 8 e 9.

Dopo l'avvenuta presentazione dell'offerta da parte della Sismed S.r.l., con nota prot. n. 0009792 del 7.2.2022, la ASL BT sospendeva e prorogava i termini per la presentazione delle offerte al 17.2.2022 per taluni problemi di malfunzionamento della piattaforma Empulia.

Successivamente, con nota prot. n. PI039788-22 del 22.02.2022, la Stazione appaltante comunicava che "*A seguito della verifica della documentazione amministrativa presentata, è emerso che: 1) non risultano effettuati i versamenti anac per i lotti: 8, 9 e 306* (quest'ultimo indicato per mero refuso, in quanto per il lotto 306 la Sismed S.r.l. non aveva presentato alcuna domanda di partecipazione). *Pertanto ai sensi dell'art. 83, co. 9 del d.lgs. 50/2016, si ritiene di avviare l'istituto del soccorso istruttorio, invitando la ditta a regolarizzare la documentazione presentata con quanto innanzi richiesto, entro e non oltre il giorno 03.03.2022 ore 09:30 a mezzo la presente piattaforma telematica*".

Parte ricorrente si attivava, provvedendo al pagamento dei due contributi di euro 20,00 in favore dell'ANAC per i lotti 8 e 9, nonché trasmettendo i relativi attestati di pagamento alla Stazione appaltante (cfr. Risposta Verifica Integrativa Protocollo PI041107-22 del 23.02.2022).

Parte ricorrente riferiva, inoltre, che in data 23.2.2022 la Stazione appaltante aveva comunicato che il giorno 3.3.2022 avrebbe provveduto a dare evidenza pubblica dell'esito del soccorso istruttorio e del sorteggio della Commissione tecnica di gara.

Successivamente la Commissione nominata disponeva l'esclusione della Sismed S.r.l. a causa della mancata integrazione documentale comprovante il pagamento del contributo ANAC.

Insorgeva parte ricorrente avverso tale esito provvedimentale, ponendo a fondamento del gravame i seguenti motivi di doglianza:

- violazione e/o falsa applicazione degli artt. 29, 30, 53, 58, 72, 73, 74, 75, 76, 79, comma 6-bis; art. 83, commi 8 e 9; art. 213, comma 12 del d.lgs. 50/2016; DPR 207/2010; direttiva 2014/24/UE; Linee Guida ANAC;

- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, commi 65 e 67, l. 23 dicembre 2005, n. 266; art. 19 del D.L. n. 90/2014, convertito in legge n. 114 del 2014; Delibera ANAC n. 1174 del 18.12.2018; comunicato del Presidente ANAC del 16 ottobre 2019; Delibera ANAC n. 289 del 1° aprile 2020; Delibera ANAC 21 dicembre 2021 n. 830;

- violazione e/o falsa applicazione: del bando di gara, degli artt. 2.3, 11, 12, 13, 14, 15, 21 del disciplinare e capitolato; violazione e/o falsa applicazione dei principi di parità di trattamento, parità

di condizioni, parità di informazioni, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa, buon andamento, legalità, tutela della concorrenza, di economicità, efficacia, proporzionalità, collaborazione, buona fede e ragionevolezza, legittimo affidamento; difetto di istruttoria; difetto di motivazione; travisamento dei fatti; falsità dei presupposti.

Con atto per motivi aggiunti, già allegato al ricorso introduttivo e depositato agli atti in data 8.4.2022, la società ricorrente impugnava altresì la consequenziale determinazione n. 1581 del 25.3.2022 con cui la ASL BT la escludeva definitivamente dalla procedura di gara.

Con memoria di costituzione pervenuta in Segreteria in data 20.4.2022, si costituiva in giudizio la Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, instando per la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito dei motivi di doglianza in esso rappresentati.

All'esito della camera di consiglio del 28.4.2022, sentite le parti, la causa era definitivamente trattenuta in decisione *ex* art. 60 c.p.a.

Tutto ciò premesso, il ricorso è fondato nel merito e, pertanto, deve essere accolto.

Sul piano della metodologia espositiva delle ragioni poste a fondamento dell'accoglimento, i motivi dedotti da parte ricorrente possono essere trattati congiuntamente, in quanto tutti riconducibili, per diversi aspetti, ad una stessa questione di diritto, ovvero alla illegittimità del provvedimento di esclusione dovuta al tardivo versamento dei contributi ANAC previsti per la partecipazione alla gara pubblica bandita dalla ASL BT.

La disciplina, che in questa sede occorre richiamare, è quella del soccorso istruttorio.

Questo istituto, che di per sé trova fondamento tanto nel codice dei contratti pubblici all'art. 83, comma 9, quanto nell'art. 6 della L. 241/1990, costituisce il logico corollario dei principi del giusto procedimento, del buon andamento e della leale collaborazione tra pubblica amministrazione e privati, in una logica che mira al superamento del rigore formale del procedimento amministrativo e alla garanzia del *favor partecipationis*.

Tale disciplina, frutto di una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale, permette dunque alle Stazioni appaltanti, anche in assenza e/o incompletezza di alcune dichiarazioni, di consentire la regolarizzazione della documentazione da parte dei privati, allorquando tale carenza documentale non si traduca in una mancanza sostanziale dei requisiti di partecipazione alla gara.

In proposito, la giurisprudenza, aderendo all'orientamento già espresso dalla Corte di giustizia dell'U.E., ha già chiarito che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad ogni regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi del tardivo o mancato versamento del contributo per il funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19.04.2018, n. 2386; Corte di giustizia UE, 2 giugno 2016, C 27/15).

Dunque, alla luce della normativa statale e delle pronunce della giurisprudenza in materia, deve ritenersi, nel caso di specie, che la gravata esclusione dalla gara della società ricorrente sia stata oggettivamente sproporzionata e di per sè inconciliabile con il principio del *favor partecipationis* e della tutela della concorrenza.

Il tardivo adempimento in questione, infatti, non afferisce né al contenuto dell'offerta economica, né a quello dell'offerta tecnica, pertanto si ritiene ragionevole qualificabile come un'irregolarità meramente formale, peraltro ingenerata da un malfunzionamento tecnico di un sistema informatico, certificato nella sua storicità fattuale dalla stessa Stazione appaltante e lealmente fatto constare in anteparte dalla ricorrente con apposita comunicazione indirizzata all'Amministrazione.

Detta irregolarità, pur se sanata dalla Sismed s.r.l. oltre il termine per la presentazione delle offerte, in nessuno modo osta alla riammissione della stessa alla gara in violazione del principio della *par condicio competitorum.*

Si consideri, peraltro, che dal punto di vista della qualificazione del contributo ANAC come elemento formale e non essenziale - poiché non riguardante l'offerta economica e/o tecnica - un recente orientamento giurisprudenziale ha chiarito che "*il soccorso istruttorio, oltre a consentire operazioni di completamento o chiarimento della domanda, permette di sanare le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, ossia la mancanza e l'incompletezza della stessa, nonché ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché la stessa non riguardi l'offerta economica o tecnica in sé considerata"* (cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 2.3.2020, n. 213; Cons. Stato, Sez. VI, 9.4.2019, n. 2344).

Inoltre, sulla base della ricostruzione dei fatti compiuta da parte ricorrente, appare evidente che il comportamento dell'impresa sia stato improntato al rispetto dei generali principi di correttezza e buona fede a cui devono sempre essere informati i rapporti fra Amministrazione e privati e che, dunque, il tardivo adempimento contributivo non sia stato affatto imputabile alla negligenza della ditta, ma ad un un'oggettiva impossibilità di procedere al pagamento, causata da un temporaneo malfunzionamento della piattaforma informatica ANAC; tanto può essere desunto, *in primis*, dal fatto che la ricorrente abbia presentato, nella stessa procedura di gara, offerte anche per ulteriori lotti, per le quali ha tempestivamente adempiuto all'onere contributivo ed, inoltre, dalla già menzionata autodichiarazione - allegata alla documentazione di gara - attestante l'impedimento tecnico formale determinatosi nel procedere al pagamento.

Da ultimo, ma non per ultimo, l'importo minimale del contributo in questione - due versamenti, ciascuno di euro 20,00 - permette di far emergere la oggettiva minimalità della irregolarità determinatasi nel caso di specie e l'assoluta sproporzione delle conseguenze espulsive che da essa sono state tratte.

Quanto alla correlata domanda risarcitoria di cui alle conclusioni al ricorso introduttivo, il Collegio ritiene che essa possa essere accolta solo nei limiti del risarcimento in forma specifica da concretarsi nella riammissione della ricorrente alla gara pubblica, limitatamente ai lotti 8 e 9.

Va respinta, la voce riferita al danno curriculare, per mancato assolvimento del relativo onere probatorio.

Il danno al *curriculum* e all'immagine professionale non può essere definito come derivante dalla mancata partecipazione a una qualsiasi procedura di aggiudicazione, ma deve essere oggetto di puntuale allegazione e dimostrazione da parte del danneggiato.

Il miglioramento del *curriculum* dipende, peraltro, non dalla semplice partecipazione alla gara, bensì dalla aggiudicazione, cui segua la corretta esecuzione dei servizi aggiudicati (cfr. Tribunale Milano, sez. VII, 25.01.2019, n. 772).

Non può, inoltre, trovare accoglimento la richiesta di risarcimento del danno per equivalente a carico dell'Amministrazione resistente, essenzialmente basata sull'ipotetica futura lesione al patrimonio dell'impresa causata della perdita della possibilità di aggiudicarsi ed eseguire l'appalto.

Tale prospettazione non è condivisibile.

Non è infatti possibile, allo stato degli atti, effettuare una valutazione prodromica che accerti con fidefacenza che l'offerta tecnica ed economica presentata dalla ricorrente sia quella economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione dei lotti in questione.

Concludendo, in forza di quanto esposto, il ricorso è fondato e va accolto, quanto alla domanda demolitoria; per l'effetto il Collegio annulla il provvedimento di esclusione gravato e ordina alla Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani di riammettere la società ricorrente alla gara in oggetto, per i due lotti dai quali è stata esclusa.

Sotto altro angolo visuale, in relazione alla domanda risarcitoria per equivalente, la stessa non può essere accolta perché, come evidenziato *supra*, infondata nel merito.

Da ultimo, tenuto conto della minima attività processuale svolta e dell'esito ancipite del giudizio, le spese di lite possono integralmente compensarsi.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti gravati.

Ordina all'Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani la riammissione della Sismed S.r.l. alla gara pubblica in oggetto, per i due lotti dai quali è stata esclusa.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Alfredo Giuseppe Allegretta	**Rita Tricarico**