

Sulla (non) legittimazione dell'impresa la cui esclusione dalla procedura sia stata definitivamente accertata a contestare gli esiti della gara

di Daniela Corsetti

Data di pubblicazione: 20-3-2018

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato ha affrontato la questione della legittimazione a contestare gli esiti della procedura e, dunque, l'aggiudicazione, da parte del concorrente che sia stato definitivamente escluso dalla gara.

Nel caso di specie un concorrente veniva escluso da una procedura indetta per l'affidamento della fornitura di *"sistemi diagnostici e prodotti di medicina trasfusionale destinati ai servizi immunotrasfusionali (SIT) della Regione Campania"* avendo la stazione appaltante accertato che il macchinario oggetto di fornitura non soddisfaceva i requisiti minimi del prodotto richiesti in gara.

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato dinanzi al Tar Napoli. *Medio tempore*, la procedura veniva aggiudicata in favore di altro concorrente ed il ricorrente gravava con motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione.

Accertata l'inidoneità dal punto di vista tecnico dell'offerta presentata dalla ricorrente, il giudice di primo grado confermava la legittimità della sua esclusione dalla gara, dichiarando, per l'effetto, la carenza di legittimazione a contestare l'esito della procedura di gara.

La sentenza di primo grado veniva impugnata davanti al Consiglio di Stato contestando, da una parte, le motivazioni poste a sostegno della legittimità del provvedimento di esclusione, e riproponendo, dall'altra, le censure mosse avverso il provvedimento di aggiudicazione. Sotto tale ultimo profilo, l'appellante deduceva che il giudice di primo grado avesse erroneamente ritenuto che l'accertata legittimità del provvedimento di esclusione, privi il concorrente escluso dell'interesse e, dunque, della legittimazione a contestare gli esiti della procedura.

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato, confermata la legittimità dell'esclusione del ricorrente, ha ribadito il principio secondo cui *"dalla legittimità dell'esclusione"* da una procedura di affidamento consegue *"il difetto di legittimazione ad agire avverso l'aggiudicazione"*.

Ed infatti, *"deve ritenersi inammissibile, per difetto di legittimazione, l'impugnativa dell'impresa che sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali"*. Questo perché il

concorrente escluso è, al più, titolare di un interesse di mero fatto a contestare gli esiti della gara che in nulla differisce da quello di *“qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara”* (Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180; sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560, Tar Lazio, Sez. I bis, 15 maggio 2017, n. 5775. Nello stesso senso, Tar Lazio, Sez. I ter, 27 febbraio 2017, n. 2921; Tar Torino, Sez. II, 25 marzo 2017, n. 407).

In buona sostanza, all'offerente pretermesso dalla stazione appaltante, la cui esclusione sia stata dichiarata legittima in via definitiva, è preclusa l'azione di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto e della conclusione del contratto, dovendo essere considerato “offerente non interessato”.

A tal riguardo con la sentenza in commento il Consiglio di Stato richiama a ragione il principio espresso dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014, secondo cui *“la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva”* (ancor prima A.P. n. 4/2011).

La mancanza di legittimazione dell'impresa definitivamente esclusa da una gara di appalto ad impugnarne gli esiti è stata, peraltro, riconosciuta anche dalla Corte di Giustizia che ha accertato la compatibilità di tale soluzione con il diritto dell'unione europea anche nel caso in cui a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa (CGUE, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C- 355/15, GesmbH). La CGUE ha, infatti, chiarito che al fine di fondare la legittimazione al ricorso del concorrente definitivamente escluso dalla gara, non può essere richiamato l'obbligo di esaminare i ricorsi reciprocamente escludenti sancito nelle note sentenze della CGUE Puligenica e Fasweb, poiché la posizione del concorrente la cui esclusione dalla procedura sia stata giudicata, in via definitiva, legittima va equiparata a quella di chi non ha neppure preso parte alla gara, sicché ai fini di fondare la legittimazione al ricorso non è configurabile neppure un interesse alla rinnovazione della procedura.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7409 del 2017, proposto da:

Diamed Italiana S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Mariano Protto e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

contro

Società Regionale per la Sanità Soa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Martiri di Belfiore 2;

nei confronti di

Immucor Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Bruno Giovanni Giuffrè, Giorgia Romitelli, Antonio Palma e Alessandro Boso Caretta, con domicilio eletto presso lo studio Alessandro Boso Caretta in Roma, via dei Due Macelli 66;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03805/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità (Soa) e di Immucor Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 il Cons. Luigi Birritteri e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Corbyons, Leopoldo Di Bonito e Antonio Palma;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza n. 3805 del 17 luglio 2017 il Tar Campania ha respinto il ricorso proposto dalla Diamed Italiana s.r.l. avverso il provvedimento di esclusione dalla procedura aperta indetta dalla So.Re.Sa. (Società Regionale per la Sanità, SOA) s.p.a. per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura di *“sistemi diagnostici e prodotti di medicina trasfusionale destinati ai servizi immunotrasfusionali (SIT) della Regione Campania”*; nonché del successivo atto di aggiudicazione definitiva della fornitura in favore della Immucor Italia spa, impugnato con motivi aggiunti.

Il primo giudice riteneva legittima l'esclusione dalla gara sul presupposto che il macchinario offerto dalla Diamed s.p.a. (denominato QWALYS 3) non poteva ritenersi un *“Sistema completamente automatico in tutte le fasi analitiche Walk Away”*, indicato tra i 'requisiti di minima' del prodotto.

Tale fatto, secondo il Tar, rendeva irrilevante che la *lex specialis* non sanzionasse espressamente con l'esclusione l'offerta di beni difformi, giacché tale difformità si risolve, di per sé, in un inammissibile *'aliud pro alio'*.

Secondo l'adito TAR l'esclusione dalla gara della Diamed, autrice di un'offerta giudicata inidonea dal punto di vista tecnico, non si pone in contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione, che riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara stessa.

Quanto ai motivi aggiunti il primo giudice ha osservato che l'accertata legittimità dell'esclusione dalla gara priva la Diamed della legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente, *“rivestendo le censure proposte dalla ricorrente avverso l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata (unica altra impresa in competizione) carattere meramente esplorativo e congetturale (anche a fronte delle deduzioni formulate dalla Immucor nella memoria depositata il 19 giugno 2017 con riguardo alle caratteristiche dell'analizzatore Galileo NEO)”*.

Avverso tale decisione propone appello la Diamed Italiana spa deducendo, con un primo motivo, illegittimità ed eccesso di potere anche per difetto d'istruttoria per avere il Tar confermato il giudizio di inidoneità del sistema diagnostico di cui QWALYS 3 è parte senza aver detto cosa si intende per sistema *“completamente automatico Walk Away”* e non avendo cognizioni proprie che l'autorizzassero a farlo, senza alcun accertamento tecnico;

con un secondo motivo denuncia la disparità di trattamento e la contraddittorietà della motivazione rispetto alla sostanziale equivalenza, sul piano tecnico, dei due strumenti in competizione tra loro e rispettivamente offerti dall'appellante e dall'aggiudicataria.

Infine l'appellante reitera i motivi aggiunti articolati in primo grado avverso il provvedimento di aggiudicazione della fornitura alla concorrente Immucor spa e, in via subordinata, invoca il risarcimento del danno subito e la riforma della condanna al pagamento delle spese di lite.

Con tempestive memorie si sono costituiti in giudizio la So.Re.Sa. s.p.a e la Immucor Italia

S.p.A., invocando il rigetto dell'appello.

All'odierna udienza, sentite le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato e deve essere respinto.

Con il primo motivo l'appellante, nella sostanza, riproduce integralmente i motivi di ricorso articolati in primo grado ed insiste nella tesi che il deficit tecnico riscontrato dalla commissione giudicatrice sarebbe insussistente e comunque inidoneo a determinarne l'esclusione.

Il motivo non convince poiché l'appellante si limita a fornire una lettura alternativa di tale requisito, inidonea a dimostrare la denunciata contraddittorietà della puntuale ed analitica motivazione articolata sul punto dal giudice di prime cure (ed ancor prima delle conclusioni escludenti cui è pervenuta la Commissione di gara, composta da esperti del settore).

Senza ripetere quanto, sul punto, correttamente osservato dal Tar è sufficiente rilevare che – nel limitato perimetro in cui deve essere condotto il sindacato giurisdizionale rispetto alla natura vincolata della scelta operata dalla Commissione di gara, in presenza di carenza dei requisiti essenziali - risulta adeguatamente motivata dal primo giudice la conclusione secondo cui il sistema offerto dall'appellante era privo delle caratteristiche minime previste dalla legge di gara e consacrate nell'allegato A9 del disciplinare, non potendosi considerare il QWALYS 3 un "*Sistema completamente automatico in tutte le fasi analitiche Walk Away fino alla lettura e interpretazione dei risultati*", anche con riferimento alla "*gestione delle urgenze*".

Dirimente sul punto la considerazione che, una volta caricate le micropiastre, la lettura del relativo *barcode* avviene manualmente e ciò – come puntualmente osservato dal TAR - elide, anche sotto il profilo logico, l'automatismo *Walk Away* richiesto dalla legge di gara, così integrando una vera e propria fornitura (già per questo verso) di *aliud pro alio*, legittimante l'esclusione dalla gara stessa.

Del resto la legge di gara sul punto, contrariamente all'assunto dell'appellante, appare chiara nella parte in cui indica, con espressione omnicomprensiva, quale caratteristica essenziale dello strumento offerto l'essere "*completamente automatico in tutte le fasi analitiche... fino alla lettura ed interpretazione dei risultati*".

Pertanto, ritiene il collegio che sia rimasta indimostrata anche nel presente giudizio l'idoneità dello strumento offerto dalla Diamed alle suddette prescrizioni minime di gara.

Analogamente, quanto alla controversa modalità di "gestione delle urgenze", lo strumento offerto dalla Diamed non prevede la possibilità di assegnare una priorità di esecuzione dei relativi esami rispetto ai piani di lavoro già programmati e a ciò non pone rimedio il software middleware cui Diamed attribuisce tale funzione, trattandosi di una struttura "aggiuntiva" rispetto al QWALYS 3, di cui, peraltro, non v'è traccia – come rilevato dal primo giudice - nella documentazione esibita in gara.

Peraltro, come correttamente osservato nella memoria dell'appellata SO.RE.SA, anche nella relazione depositata in appello dalla Diamed, a firma del Direttore del Laboratorio di Analisi chimico-cliniche e di Microbiologia dell'Ospedale "S. Cuore" - Don Calabria di Negrar (VR) si afferma che la gestione delle urgenze è condizionata dal carico di lavoro, dovendosi altrimenti premere un tasto di "stop", che imporrebbe di interrompere l'intero processo in atto, impedendo la gestione dell'urgenza con immediatezza e continuità.

Rimane, dunque, confermata la piena legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione, rimanendo in tale statuizione assorbiti gli ulteriori motivi d'appello.

Non convince, al riguardo, l'assunto di parte appellante secondo cui deve ritenersi errata la declaratoria di inammissibilità delle suddette censure sia se intese nel senso di tendere all'esclusione dell'aggiudicataria, perché provenienti da soggetto non legittimato, sia se intese nel senso di denunciare la disparità di trattamento, perché si negherebbe la tutela giurisdizionale.

Sul punto è sufficiente richiamare l'orientamento di questo Consiglio secondo cui – in coerenza con l'insegnamento dell'A.P. n. 9/2014 - *"la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva"* (nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. III, n. 924/2015, peraltro richiamata in motivazione dal primo giudice ed ancor prima A.P. n. 4/2011).

Pertanto va ribadito che dalla legittimità dell'esclusione della Diamed dalla procedura di affidamento della fornitura in questione consegue il difetto di legittimazione ad agire avverso l'aggiudicazione in favore della Immucor.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.