

Pubblicato il 12/01/2023

**N. 00100/2023 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00637/2022 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 637 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

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

***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***

Dasit S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio De Portu e Francesco Tassone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- del provvedimento, comunicato alla ricorrente il 27 aprile 2022 tramite il portale Empulia, con cui la Commissione, nell'ambito dell'attività istruttoria di

supporto al R.U.P. nella fase di verifica dell'anomalia, ha escluso Medical Systems dalla gara e dall'aggiudicazione del lotto 4 "Ematologia" della procedura aperta per "l'affidamento della fornitura in Service di sistemi diagnostici di laboratorio per le esigenze dell'ASL BA";

- del successivo verbale della seduta pubblica del 29 aprile 2022, con cui la Commissione stessa ha ribadito la predetta esclusione e disposto la rimodulazione della graduatoria di gara, materialmente avvenuta in data 2 maggio 2022;

- nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso, ivi compresa la proposta di aggiudicazione alla originaria seconda graduata Dasit, ovvero ad altro operatore economico e l'eventuale aggiudicazione definitiva, se nelle more disposta a favore della predetta Dasit o di altro concorrente;

- nonché per la declaratoria di inefficacia, *ex* artt. 122 e 124 del codice del processo amministrativo, del contratto nelle more eventualmente stipulato dall'Azienda con l'originaria seconda graduata Dasit o con altro concorrente, ancorché non conosciuto e non comunicato, con espressa dichiarazione di disponibilità al subentro nello stesso;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Medical Systems S.p.A. il 3 agosto 2022:

- della delibera del direttore generale dell'Azienda sanitaria locale della Provincia di Bari n. 1377 del 14 luglio 2022, con cui sono stati approvati gli atti della predetta procedura aperta per "l'affidamento della fornitura in Service di sistemi diagnostici di laboratorio per le esigenze dell'ASL BA" e disposta l'aggiudicazione definitiva dei lotti in cui la procedura stessa era articolata, nelle parti concernenti il lotto n. 4 "Ematologia" aggiudicato alla controinteressata Dasit;

- nonché di ogni atto ogni altro atto o provvedimento o verbale, antecedente o successivo, comunque presupposto, connesso e/o consequenziale, anche di

natura istruttoria, ivi compresi quelli già impugnati con l'atto introduttivo del giudizio sopra riportati;

- nonché per la declaratoria di inefficacia ex artt. 122 e 124 del codice del processo amministrativo del contratto nelle more eventualmente stipulato dall'Azienda con Dasit, ancorché non conosciuto e non comunicato, con espressa dichiarazione di disponibilità al subentro nello stesso;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Medical Systems S.p.A. il 29 settembre 2022:

per l'accesso

- all'offerta tecnica ed economica prodotta da Dasit nella procedura per "l'affidamento della fornitura in Service di sistemi diagnostici di laboratorio per le esigenze dell'ASL BA", con riferimento al lotto 4 "ematologia", previo l'annullamento del provvedimento del 4 agosto 2022 (nota prot. n. 0055856) con cui l'ASL di Bari ha rigettato la domanda di accesso presentata da Medical Systems il 21 luglio 2022.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dasit S.p.A. e dell'Azienda Sanitaria Locale Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2022 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 27.5.2022 e depositato il 4.6.2022, la Medical System S.p.A. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere le pronunce di annullamento meglio indicate in oggetto.

Esponeva in fatto che l'Azienda Sanitaria Locale di Bari indiceva una gara a procedura aperta ex art. 60 del Codice degli Appalti, in data 17.11.2020, avente ad oggetto "l'affidamento della fornitura in Service di sistemi

diagnostici di laboratorio per le esigenze dell'ASL BA", per la durata di 60 mesi.

Alla procedura, per il lotto n. 4, prendevano parte oltre alla ricorrente Medical System S.p.A., anche altri tre operatori economici e precisamente Dasit S.p.A., Beckman Coulter S.p.A. e Abbott s.r.l.

La Commissione di gara riteneva l'offerta di Medical Systems conforme alle prescrizioni di gara. Nella seduta del 25 marzo 2022 la Commissione dichiarava la Medical Systems aggiudicataria del lotto 4, rinviando al RUP gli adempimenti relativi alla rituale verifica di congruità *ex art. 97 del d.lgs. n. 50/2016*.

In data 27 aprile 2022, tramite la piattaforma Empulia, la Stazione Appaltante comunicava all'aggiudicataria provvisoria che, nella fase di verifica dell'anomalia, all'esito di approfondimenti, emergevano profili di inammissibilità dell'offerta.

Pertanto, comunicava alla ricorrente l'esclusione dalla gara e disponeva le operazioni di rimodulazione della graduatoria.

All'esito di tale rimodulazione, al primo posto si collocava la Dasit S.p.A.

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

In particolare, la ricorrente articolava le seguenti censure:

“-Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 97 e 77 del decreto legislativo 50/2016 - difetto di competenza - eccesso di potere con particolare riferimento alle figure sintomatiche del difetto di istruttoria e di motivazione, nonché dello sviamento;

-Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 97 d.lgs. 50/2016 e della lex specialis (con particolare riferimento al paragrafo 6 del disciplinare) - eccesso di potere per palese erroneità, travisamento dei fatti, difetto di presupposti, di istruttoria e di motivazione.”.

In data 17.6.2022 si costituivano in giudizio la ASL Bari e Dasit S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, instando per la reiezione

del gravame in quanto infondato nel merito.

Nelle more del giudizio, sopraggiungeva il provvedimento del 14.7.2022 n. 1344, con cui il

Direttore Generale dell'ASL di Bari approvava gli atti di gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva del lotto numero 4 "Ematologia" a favore della più volte menzionata Dasit.

Avverso detto provvedimento, in data 3.8.2022, parte ricorrente depositava in Segreteria motivi aggiunti, censurando il medesimo con le stesse argomentazioni già svolte nel ricorso introduttivo, in via autonoma e in via derivata.

Con ordinanza n. 432 del 10.9.2022, l'istanza cautelare veniva respinta per difetto di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

In data 29.9.2022 veniva introdotta altresì istanza in corso di causa di accesso ai documenti *ex art. 116 c.p.a.*, in particolare volta ad ottenere l'ostensione dell'offerta presentata in gara dalla Dasit.

In data 4.11.2022, parte ricorrente dava atto che in data 28.10.2022 l'Amministrazione aveva provveduto a trasmettere copia dei documenti richiesti.

Ne scaturiva l'ordinanza collegiale n. 1513/2022 del 10.11.2022 con cui si dichiarava cessata la materia del contendere quanto all'istanza di accesso.

Previo deposito di memorie e repliche, all'udienza pubblica del 13.12.2022, sentite le parti, la causa era definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, all'esito di una meditata rivalutazione degli atti e documenti di causa, il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e che, pertanto, debba essere accolto.

Risulta, in particolare, meritevole di accoglimento il primo motivo di ricorso.

Come è noto, in base all'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, il procedimento di verifica dell'anomalia è finalizzato ad accertare la complessiva attendibilità e serietà di un'offerta che ha superato il vaglio di conformità alle prescrizioni della *lex specialis*, non avendo ad oggetto la ricerca di specifiche e singole

inesattezze dell'offerta o la rinnovazione delle fasi di valutazione di regolarità, completezza ed ammissibilità dell'offerta stessa.

In giurisprudenza, il Consiglio di Stato “ha ripetutamente osservato:

- che il giudizio di anomalia non può dar luogo a una “caccia all'errore” (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020 n. 607), in quanto esso tende ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto;
- che in un corretto contesto valutativo, che deve involgere complessivamente l'offerta esaminata, non possono rilevare, ove singolarmente considerate, eventuali inesattezze, come discostamenti di voci dell'offerta da prezzi correnti di mercato né singole o minime incongruenze delle singole voci di cui l'offerta si compone (tra le tante, Cons, Stato, V 29 luglio 2019 n. 5353);
- che nell'ambito del contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento in questione, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, ed in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (Cons. di Stato, V, 8 giugno 2018, 3480; Sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633, 23 luglio 2012, n. 4206; Sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982, 20 febbraio 2012, n. 875; Sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801, 21 maggio 2009, n. 3146); (...)
- che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica Amministrazione (in tal senso ex multis: Cons. di Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6023; Cons. Stato, V, 24 agosto 2018, n. 5047; Cons. Stato V, 12 marzo 2018, n. 1541; V, 21 novembre 2017, n. 5387; id., III, 13 settembre 2017, n. 4336; id., V, 14 giugno 2017, n. 2900; Cons. Stato, III, 22 gennaio 2016, n. 211; nello stesso senso, già Cons. Stato, VI, 14 agosto 2015, n. 3935);

- che, per quanto qui soprattutto rileva, un sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è dunque precluso al giudice amministrativo, cui non è consentito procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, non potendosi esso sostituire ad una attività valutativa rimessa, quanto alla sua intrinseca manifestazione, unicamente all'Amministrazione procedente (Cons. Stato, VI, 14 agosto 2015, n. 3935). (...)” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3.10.2022 n. 8471).

Nel caso di specie è palesemente mancato un adeguato contraddittorio da instaurarsi con la parte interessata in relazione alla successivamente disposta esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta.

In altri termini, la Stazione Appaltante non avrebbe potuto escludere un'offerta ritenuta anomala se prima non avesse attivato un contraddittorio procedimentale scritto con l'offerente e tanto a più forte ragione dato che trattavasi del primo graduato all'esito delle valutazioni comparative in concreto svolte.

Solo tale approccio procedimentale sarebbe stato coerente con i superiori principi di riferimento e, in particolare per quanto qui interessa, con l'art. 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui “l'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente”, in tal modo garantendo il pieno contraddittorio “anche (laddove necessario) mediante più passaggi procedurali volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte” (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, 15 ottobre 2020, n. 10498, che richiama anche T.A.R. Campania - Napoli, 19.10.2017 n. 4884 e T.A.R. Puglia - Bari , sez. I , 3.12.2019, n. 1581).

In altri termini, “nel giudizio di anomalia delle offerte, è sempre considerato centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, la attenta valutazione e ponderazione delle giustificazioni presentate dall'impresa "sospettata" di

aver presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa." (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, 15 ottobre 2020, n. 10498).

Nel caso in esame, la società ricorrente è stata esclusa dalla gara senza le garanzie partecipative di cui all'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016; invero, anche volendo prescindere dalla anomalia procedimentale della loro intervenuta manifestazione nella fase di verifica di anomalia, i ritenuti profili di inammissibilità dell'offerta sono stati indicati dalla Commissione (e non dal RUP) solo unitamente al provvedimento di esclusione, senza che fosse riconosciuta una possibilità di interlocuzione preventiva in contraddittorio.

Per quanto la proposta di aggiudicazione possa essere considerato un provvedimento ancora "instabile", non v'è dubbio che la posizione di prima in graduatoria aveva fatto nascere in capo a Medical Systems un'aspettativa qualificata alla definizione a sé favorevole del procedimento, che imponeva, quanto meno, un minimo contraddittorio procedimentale sulle ragioni che la Stazione Appaltante aveva ritenuto di porre a fondamento del mutamento di valutazioni in punto di ammissibilità dell'offerta, peraltro intervenuto successivamente all'espletamento della gara e a buste aperte.

A fronte di tali anomalie procedurali, in sede conformativa l'Amministrazione dovrà rieditare la valutazione di ammissibilità dell'offerta della ricorrente a cura del RUP nominato - salva sul punto una migliore valutazione delle parti - rispettando comunque in modo congruo il contraddittorio con la società interessata, in particolare prendendo analiticamente posizione su tutti i rilievi di merito sollevati in ricorso da quest'ultima.

Sul piano processuale, in conclusione, il ricorso principale e quello per motivi aggiunti sono da accogliere quanto al primo motivo, con assorbimento delle residue censure.



Da ultimo, le spese di giudizio possono essere integralmente compensate, tenuto conto dell'andamento processuale della vicenda e della oggettiva complessità 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 principale e su quello per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Alfredo Giuseppe Allegretta**

**IL PRESIDENTE**  
**Rita Tricarico**

IL SEGRETARIO