

in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Gorla, Simona Elena Viscio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati , con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'accertamento

A) quanto al ricorso n. 3520 del 2022:

I) con il ricorso introduttivo:

- della inottemperanza al giudicato formatosi sulla sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 3518/2022 e, per l'effetto, dell'obbligo di concludere la "Procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di prodotti per monitoraggio dei processi di sterilizzazione tipo ", indetta con determinazione dirigenziale 29.4.2021 n. 548, con aggiudicazione alla stessa e per la nomina di un commissario ad acta in caso di perdurante inerzia;

II) con i motivi aggiunti:

- della nullità ovvero per l'annullamento della determina 3.10.2022 n. 717 in quanto emanata in violazione/elusione della precitata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli;

B) quanto al ricorso n. 5343 del 2022:

- per l'annullamento e/o la declaratoria di nullità della determina del 3.10.2022 n. 717 d:

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell',

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2023 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso R.G. 3520/2022 la società in epigrafe agisce per l'ottemperanza della sentenza di questo T.A.R. n. 3518/2022 con cui, in accoglimento del gravame proposto dal suddetto operatore collocato in seconda posizione nella procedura indetta dall'..... per l'affidamento della fornitura di prodotti per il monitoraggio dei processi di sterilizzazione "tipo", veniva annullata la determinazione dirigenziale 10.7.2021 n. 771 recante aggiudicazione dell'appalto in favore della prima graduata

In sintesi, la statuizione caducatoria veniva resa in conformità alle censure articolate dalla istante che contestava l'equivalenza ex art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016 dei prodotti offerti dalla controinteressata rispetto a quelli richiesti dalla disciplina di gara, tenuto conto dell'esito della verifica disposta nel corso del giudizio, il quale aveva chiaramente escluso una effettiva equivalenza prestazionale ai dispositivi "tipo", contraddistinti da caratteristiche tecniche, qualitative e funzionali possedute da tale specifico marchio.

Il T.A.R. rammentava che "i requisiti dei prodotti richiesti dalla lex specialis costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della prestazione richiesta, risolvendosi tale difformità in un aliud pro alio che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5260/209; T.A.R. Lombardia – Milano, n. 762/2021)".

Acclarata l'illegittimità dell'ammissione in gara della _____, per violazione dell'art. 68, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016, il ricorso veniva quindi accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a..

Tanto premesso, la società _____ agisce ai sensi dell'art. 112 c.p.a. per l'ottemperanza della precitata sentenza, notificata in data 25.5.2022, non appellata e passata in giudicato e chiede di ordinarsi all'amministrazione _____ intimata di procedere all'aggiudicazione in proprio favore, ricoprendo la seconda posizione nella graduatoria definitiva dopo la controinteressata illegittimamente ammessa.

Per il caso di perdurante inerzia, chiede di procedere alla nomina di un commissario ad acta che provveda in via sostitutiva.

Si è costituita in giudizio _____ che si oppone all'accoglimento del gravame ritenendo, in sintesi, di aver già adempiuto alla sentenza mediante annullamento dell'aggiudicazione (determina n. 544 del 19.7.2022), ritenendo che dalla predetta non emerga alcun obbligo di procedere all'aggiudicazione in favore di _____, recando la sentenza ottemperanda una mera statuizione caducatoria che lascerebbe integra la facoltà per _____ di non procedere all'aggiudicazione qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto ai sensi dell'art. 95, comma 12, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 16 della lettera di invito.

Con motivi aggiunti notificati il 28.10.2022 e depositati il 3.11.2022 la ricorrente contesta poi l'illegittimità della determina del 3.10.2022 n. 717, recante sua esclusione per pretesa violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del D. Lgs. n. 50/2016 e, al contempo, declaratoria di chiusura della procedura per assenza di offerte valide.

Deduce violazione ed elusione della sentenza n. 3518/2022, difetto di motivazione ed istruttoria, violazione del D. Lgs. n. 50/2016, violazione delle Linee Guida Anac ex art. 80, comma 13, del D. Lgs. n. 50/2016, evidenziando l'inintelligibilità del provvedimento, dal quale, in particolare, non sarebbe possibile comprendere se la

disposta estromissione sarebbe stata comminata in ragione del presunto tentativo “di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante” o “di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio”, tenuto anche conto della mancata esplicitazione dell’illecito professionale contestato e della omessa instaurazione del contraddittorio.

L’amministrazione si oppone all’accoglimento dei motivi aggiunti e controdeduce nel merito.

Con ricorso R.G. n. 5343/2022 la società propone azione impugnatoria avverso il provvedimento espulsivo sopraindicato, articolando le medesime censure già spiegate con i motivi aggiunti precedentemente illustrati.

Anche in tale giudizio si è costituita per resistere al gravame proposto ex adverso.

All’udienza del 21.2.2023 le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, occorre disporre la riunione dei ricorsi in trattazione, sussistendo evidenti profili di connessione soggettiva ed oggettiva ai sensi dell’art. 70 c.p.a.; a tale ultimo proposito, giova rilevare che i motivi aggiunti di cui al ricorso R.G. 3520/2022 ed il gravame impugnatorio iscritto al numero di R.G. 5343/2022 hanno ad oggetto lo stesso provvedimento espulsivo (determina n. 717/2022) e sono affidati ai medesimi profili di illegittimità; di qui l’evidente opportunità di una loro trattazione congiunta.

Sempre in limine, occorre rilevare che i giudizi in epigrafe hanno ad oggetto il ricorso in ottemperanza per l’esecuzione della sentenza di questo T.A.R. n. 3518/2022 assoggettato al rito camerale e, come anticipato, domande impugnatorie proposte avverso la suindicata determina n. 717/202; pertanto, trova applicazione il rito previsto in materia di appalti pubblici ai sensi dell’art. 32 c.p.a. (“E’ sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello

ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV”).

In ordine logico occorre preliminarmente scrutinare la domanda impugnatoria proposta con i motivi aggiunti al ricorso R.G. n. 3520/2022 e con il ricorso R.G. 5343/2022 avverso il provvedimento di esclusione della ricorrente per violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c-bis) del D.Lgs. n. 50/2016. Difatti, l’eventuale rigetto dei predetti gravami - aventi peraltro contenuto speculare – condurrebbe alla improcedibilità del ricorso in ottemperanza (di cui al libello introduttivo R.G. n. 3520/2022) per sopravvenuta carenza di interesse in quanto, in caso di accertata legittimità della avversata estromissione, la istante non potrebbe aspirare alla esecuzione della sentenza ottemperanda e alla invocata aggiudicazione dell’appalto. La domanda impugnatoria proposta avverso la determinazione dirigenziale n. 717/2022 è fondata per le ragioni di seguito illustrate.

E’ evidente il difetto di motivazione della disposta estromissione che, invero, si limita ad attribuire rilievo ostativo alla nota acquisita al prot. n. 94400 del 14.9.2022 senza chiarire in quale modo la predetta abbia integrato la fattispecie espulsiva di cui all’art. 80, comma 5, lett. c-bis) del Codice degli Appalti pubblici (“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora ... c-bis l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”).

Invero, il provvedimento sembra riferirsi alla comunicazione con cui la difesa di parte ricorrente chiedeva di provvedere all’esecuzione della pronuncia indicata in premessa invitando l’amministrazione a non procedere ad acquisti dalla

e, al contempo, riferiva di aver appreso informalmente dal Responsabile dell’UOC Acquisizione Beni e Servizi dell’intenzione dell’ente di voler

procedere all'annullamento in autotutela della procedura e all'indizione di una nuova gara; l'istante rappresentava che tale intento, ove confermato, avrebbe avuto ripercussioni sulle tempistiche di approvvigionamento dei materiali da sterilizzazione, con risvolti risarcitori.

Ebbene, sotto un primo profilo, l'atto espulsivo reca una motivazione generica in quanto non è esplicitato se la condotta del procuratore di parte ricorrente abbia integrato un tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, ovvero quello di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio, ovvero ancora di fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione.

E' evidente che tale lacuna motivazionale incide sul diritto di difesa della ricorrente ex art. 24 Cost. non risultando dettagliate le ragioni della disposta estromissione, tanto più che il contenuto della missiva non sembra debordare dai confini della normale dialettica processuale e stragiudiziale, trattandosi di corrispondenza intrapresa nell'esercizio del mandato difensivo, volta a sollecitare l'ottemperanza dell'amministrazione rispetto al contenuto di una precedente sentenza favorevole alla società ricorrente.

Nello specifico, giova poi aggiungere che, secondo l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 16/2020), l'art. 80, comma 5, lett. c-bis), pur dettando una disciplina che conduce all'esclusione del concorrente, in nessun caso determina un automatismo espulsivo, occorrendo una specifica valutazione della stazione appaltante nell'esercizio di un potere discrezionale. Secondo il citato approdo, infatti, "tanto il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, quanto l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione sono considerati dalla lettera c) quali gravi illeciti professionali in grado di incidere sull'integrità o affidabilità dell'operatore economico. È pertanto indispensabile una valutazione in

concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 ...”.

Nel caso in esame l'amministrazione si è discostata dalle richiamate coordinate, non avendo chiarito quali informazioni false o fuorvianti siano state rese e se le stesse erano in grado di sviare le proprie valutazioni ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. Occorre peraltro precisare che, qualora sia mancata (come nel caso in esame) una simile valutazione, non può essere rimessa al giudice amministrativo, ostandovi il principio di separazione dei poteri che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati").

Per l'effetto, sussistendo la dedotta violazione dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016, si impone l'accoglimento della predetta domanda impugnatoria con conseguente annullamento della determinazione n. 717/2022.

E' parimenti fondato il ricorso in ottemperanza per l'esecuzione della sentenza di questo T.A.R. Campania – Napoli, Sez. V, n. 3518/2022.

Al riguardo va rilevato, in linea con i consolidati principi giurisprudenziali, che è ammissibile, nel processo di ottemperanza, ai sensi dell'art. 112 c.p.a., la domanda volta a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, a seguito dell'annullamento di quella disposta in favore dell'operatore collocato in posizione peggiore.

Ciò posto, non risulta al Collegio che l'amministrazione intimata abbia adottato alcun concreto atto volto a dare la piena attuazione al dictum di cui alla suddetta pronuncia giudiziale, non potendosi ritenere a tale scopo sufficiente l'adozione della determina n. 544/2022 con la quale, nel prendere atto della pronuncia ottemperanda, procedeva al ritiro in autotutela del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della prima graduata, i cui effetti erano già cessati in conseguenza dell'annullamento disposto da questo Tribunale.

Di contro, l'ente ha serbato un contegno inerte in ordine alla riedizione del potere finalizzato ad assicurare alla ricorrente il conseguimento del bene della vita a cui aspira, ovvero l'aggiudicazione dell'appalto.

Ed invero, la circostanza che la pronuncia ottemperanda non recasse espressa statuizione in tal senso non esclude l'obbligo di definire la procedura di gara, in carenza di differenti soluzioni non validamente espresse, con adozione del provvedimento conclusivo in favore del concorrente che ricopriva la seconda posizione in graduatoria, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, tanto più che la istante aveva inoltrato specifici atti di diffida; a tale proposito, giova porre in evidenza l'interesse della medesima a conseguire l'utilitas a cui aspira, richiamati anche i principi di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici (espressione dei principi di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa), diversamente venendosi a ledere la garanzia di effettività della tutela giurisdizionale in relazione all'interesse leso oggetto di tutela (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4514/2014).

In riferimento a quanto sopra, il ricorso in ottemperanza va, dunque, accolto e deve pertanto essere sancito l'obbligo dell' di provvedere - entro e non oltre giorni 30 dalla comunicazione in via amministrativa o, se anteriore, dalla notifica del presente provvedimento - alla integrale esecuzione alla sentenza riportata in epigrafe, mediante adozione del conseguenziale provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente, previa verifica in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione ex artt. 32 e 33 del D. Lgs. n. 50/2016.

Riguardo alla prospettazione difensiva della resistente secondo cui, sul presupposto che l'affidamento risulterebbe parzialmente già eseguito, potrebbe valutare di non procedere all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 95, comma 12, del Codice degli Appalti pubblici, intendimento solo prospettato, dunque non sindacabile non essendo stato esercitato il relativo potere, occorre comunque richiamare l'indirizzo espresso dal Consiglio di Stato (Sez. V, n. 4904/2021) a tenore del quale "la

disposizione normativa succitata consente di non aggiudicare la gara se l'insieme delle offerte pervenute non risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto della gara, dunque con una valutazione che interviene normalmente ex ante rispetto all'aggiudicazione e sulla base del contenuto complessivo delle offerte pervenute. Diverso è il caso in cui la gara venga revocata dopo l'annullamento dell'aggiudicazione alla prima classificata all'esito di un giudizio di primo e secondo grado, in cui la valutazione è ex post, e deve indubbiamente incorporare il potere conformativo risultante dal giudicato, senza arrivare a porre in essere una rivalutazione della convenienza dell'offerta seconda classificata, per non incorrere nell'elusione del giudicato. La valutazione di convenienza successiva al giudicato è, infatti, certamente, sintomatica dell'elusione del medesimo. Detto in altri termini, per giustificare la revoca ex post, le esigenze sopravvenute devono essere proporzionali e portare a tale conseguenza ineluttabilmente, non potendo la procedura essere salvata mediante ulteriore negoziazione. Come nel caso dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, in cui gli avvenimenti straordinari ed imprevedibili possono determinare la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1467 cod. civ., solo se la sopravvenuta onerosità non rientra nell'alea normale del contratto e, in ogni caso, la parte contro la quale la risoluzione è domandata può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto, allo stesso modo, nel caso in cui all'annullamento dell'aggiudicazione con il primo classificato si verificano nuove esigenze indipendenti dalla volontà delle parti e tali da determinare il mutamento delle condizioni di aggiudicazione, normalmente a tali esigenze si fa fronte con una ulteriore negoziazione con il secondo classificato, e solo se ciò non risulta praticabile si procede con la revoca della gara".

Decorso infruttuosamente il termine suindicato assegnato a _____, sulla istanza di parte ricorrente, provvederà - entro i 30 giorni successivi alla comunicazione pervenutagli a cura del ricorrente - un commissario ad acta, che sin d'ora si nomina nel Prefetto di Napoli o in un funzionario dallo stesso delegato che darà corso alla esecuzione al giudicato nel senso e nei termini sopra indicati, compiendo tutti gli

atti necessari, ivi comprese variazioni di bilancio, disposizioni organizzative e sottoscrizione di mandati di pagamento, fermo restando che è obbligo degli uffici dell'amministrazione convenuta assicurare piena, tempestiva e puntuale collaborazione al predetto commissario; il relativo compenso sarà liquidato da questo Tribunale a carico dell'amministrazione intimata ad avvenuto espletamento dell'incarico, su specifica e documentata richiesta dell'ausiliario del giudice.

La regolazione delle spese di giudizio segue la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previa loro riunione, così provvede:

- accoglie la domanda impugnatoria di cui ai motivi aggiunti al ricorso R.G. n. 3520/2022 e al ricorso R.G. n. 5343/2022 e, per l'effetto, annulla la determina n. 717/2022 d

- accoglie il ricorso in ottemperanza R.G. n. 3520/2022 e, per l'effetto, condanna a dare integrale esecuzione alla sentenza di questo T.A.R. Campania – Napoli, Sez. V, n. 3518/2022 nei sensi e nel termine indicato in motivazione;

- condanna al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente che liquida in € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge e al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO