

Publicato il 04/08/2018

N. 01176/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00072/2018 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 72 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Loran s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Coccia, con domicilio eletto ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Bari, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avvocato Edvige Trotta, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale dell'Ente, in Bari, Lungomare Starita n. 6;

nei confronti

Bpm Soft s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto De Giuseppe e Matteo Sanapo, con domicilio eletto ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

per l'annullamento

- quanto al ricorso principale:

- del verbale di gara del 12 dicembre 2017 con cui è stata disposta e comunicata, anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 76 comma 5 lett. b)

del decreto legislativo n. 50/2016, l'esclusione dalla procedura di Loran S.r.l.

- del parere del RUP – direttore Area Patrimonio – Prot. n. 284841/5 in data 11 dicembre 2017;

- di tutti i verbali delle operazioni di gara;

- di tutte le operazioni di gara e i connessi verbali della Commissione tecnica, preposta alla valutazione delle offerte presentate dalle partecipanti,

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso, ancorché non conosciuto, dell'eventuale aggiudicazione definitiva e del contratto se medio tempore stipulato;

per la declaratoria

del diritto della odierna ricorrente a vedersi riammessa alla valutazione delle offerte;

per la condanna

- dell'Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e a disporre la riammissione della ricorrente alla procedura negoziata,

per la declaratoria di inefficacia

- del contratto eventualmente nelle more stipulato con la illegittima aggiudicataria;

con riserva

- di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

- *quanto ai motivi aggiunti:*

- della Deliberazione del Direttore Generale n. 0633 del 29 marzo 2018 e pubblicata in pari data sulla piattaforma telematica Empulia, con cui la ASL deliberava di “aggiudicare la fornitura di che trattasi alla ditta BPM

Soft S.r.l. alle condizioni tutte contenute negli atti di gara e nell'offerta tecnica ed economica”;

- della Determina Dirigenziale n. 4041 del 5 aprile 2018 con cui il Direttore dell'Area Gestione Patrimonio, “preso atto dell'Ordinanza del Tar di Bari del 20/02/2018 con la quale è stata accolta la domanda cautelare e, per l'effetto, sospeso gli atti impugnati, fissando la trattazione di merito del ricorso in data 22/05/2018”, nonché “dell'intervenuta deliberazione del Direttore Generale n. 633 del 29/ marzo 2018 nella quale, pur disponendo l'aggiudicazione in favore della BPM Soft s.r.l. viene espressamente richiamato l'effetto sospensivo del ricorso sulla stipula del contratto” determinava di recepire l'Ordinanza del Tar di Bari del 20/02/2018 con la quale era stata accolta la domanda cautelare;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Bari e di Bpm Soft s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2018 l'Avv. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori avv. Sergio Coccia, avv. Gaetano Caputo, su delega orale dell'avv. Edvige Trotta e avv. Matteo Sanapo;

Rilevato che:

- la parte ricorrente ha inserito nel gruppo di lavoro preposto allo svolgimento delle prestazioni oggetto della gara il dott. Francesco Girardi, medico dipendente a tempo indeterminato dell'A.S.L. appaltante, dirigente dell'Unità di valutazione di appropriatezza di ricovero e prestazioni, preposto all'attività di ispezione per la verifica dell'appropriatezza dei ricoveri presso le case di cura e gli ospedali della A.S.L. di Bari;

- l'A.S.L. appaltante ha ritenuto, in relazione a tale circostanza, che “... *lo specifico know – how informativo in possesso del predetto professionista...*”

che ha accesso a dati quali/quantitativi relativi alle prestazioni erogate presso gli Ospedali e i PP.TT.AA. possa aver potenzialmente influito, nel caso de quo, sulla predisposizione dell'offerta tecnica ed economica della ditta in parole e, pertanto, determinato, anche in via teorica, una distorsione della concorrenza e inficiato la par condicio”;

- conseguentemente, la A.S.L. ha escluso la ricorrente dalla gara ai sensi dell'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016; altresì ritenendo che “...ogni altra misura ovvero indicazione, ivi inclusa l'eventuale sostituzione di detto professionista nell'ambito del gruppo di lavoro proposto dal concorrente, pregiudicherebbe irrimediabilmente il principio di immodificabilità delle offerte, inficiando l'intero procedimento di gara”;

Considerato che, come già ritenuto in sede cautelare:

- le motivazioni poste a base dell'esclusione, innanzi riportate, sono incentrate sul vantaggio competitivo derivante dalla collaborazione del dirigente medico e dalla conseguente possibilità di accedere, suo tramite, ad informazioni o dati inerenti all'organizzazione aziendale non accessibili, quanto meno con le medesime modalità, agli altri concorrenti;

- il dirigente medico dipendente della A.S.L. non ha svolto alcun ruolo nella gestione della gara per cui è causa;

Ritenuto, tuttavia, di dover rivedere le conclusioni raggiunte in sede cautelare in punto di non sussumibilità del caso di specie nell'ipotesi di esclusione di cui al combinato disposto degli artt. 42, comma 2, e 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. cit., per le seguenti ragioni:

- l'art. 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016 prevede l'esclusione dalla procedura d'appalto nell'ipotesi in cui “*la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto d'interesse ai sensi dell'art. 42, comma 2, non diversamente risolvibile*”;

- l'art. 42, comma 2, definisce il conflitto d'interessi a tal fine rilevante prevedendo due fattispecie alternative riferite al personale della stazione appaltante che “... *ha, direttamente o indirettamente, un interesse*

finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione”:

a) l’ipotesi in cui il personale *“anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni”;*

b) l’ipotesi in cui il ridetto personale *“può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato”;*

- il mancato intervento del dott. Girardi nella procedura di aggiudicazione (per non aver egli predisposto alcun atto della stessa né aver fatto parte della commissione giudicatrice) fa venire in rilievo la fattispecie indicata *sub b)*: *“l’ampia portata della norma consente, infatti, di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che, anche senza averne titolo, e con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall’esterno, siano in grado di influenzarne il risultato”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853);

Considerato che:

- l’idoneità del dott. Girardi ad influenzare il risultato della procedura, come ritenuto dall’Azienda Sanitaria, passa attraverso la presunta agevolazione della formulazione dell’offerta formulata dalla ricorrente mediante la messa a disposizione dei dati quali/quantitativi relativi alle prestazioni erogate presso gli Ospedali e i PP.TT.AA. ai quali ha accesso in ragione del suo rapporto di lavoro con la stazione appaltante e del conseguente acquisito *know how*;

Ritenuto che tale circostanza non provoca un effetto *ipso jure* espulsivo dalla competizione, dovendo essere puntualmente accertato se essa abbia determinato un’indebita posizione di vantaggio, suscettibile di alterare la *par condicio* dei partecipanti alla selezione;

Ritenuto, sul punto, di richiamarsi ai passaggi significativi della sentenza del Tribunale di I grado UE, sez. II – 13/10/2015 n. 403/12:

“75. La nozione di conflitto di interessi ha carattere oggettivo e per definirla occorre prescindere dalle intenzioni degli interessati, e in particolare dalla loro buona fede (v. sentenza del 20 marzo 2013, Nexans France/Impresa comune Fusion for Energy, T-415/10, Racc., EU:T:2013:141, punto 115 e giurisprudenza ivi citata).

76. Alle autorità aggiudicatrici non incombe un obbligo assoluto di escludere sistematicamente gli offerenti in situazione di conflitto di interessi, dato che siffatta esclusione non sarebbe giustificata nei casi in cui si potesse dimostrare che tale situazione non ha avuto alcuna incidenza sul loro comportamento nella procedura di gara, e non determina alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti. Viceversa, l'esclusione di un offerente in situazione di conflitto di interessi è indispensabile qualora non esista un rimedio più adeguato per evitare una qualsiasi violazione dei principi di parità di trattamento tra gli offerenti e di trasparenza (sentenza Nexans France/Impresa comune Fusion for Energy, punto 75 supra, EU:T:2013:141, punti 116 e 117).

77. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vegliare sul rispetto, in ogni fase della procedura di gara d'appalto, del principio di parità di trattamento e, di conseguenza, delle pari opportunità di tutti gli offerenti (v. sentenza del 12 luglio 2007, Evropaiki Dynamiki/Commissione, T-250/05, EU:T:2007:225, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

78. Più precisamente, il principio delle pari opportunità impone, secondo la giurisprudenza, che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica dunque che queste ultime siano soggette alle stesse condizioni per tutti tali offerenti. Il principio di trasparenza, che ne rappresenta un corollario, ha fondamentalmente lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e

arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri (sentenza del 9 settembre 2009, Brink's Security Luxembourg/Commissione, T-437/05, Racc., EU:T:2009:318, punti 114 e 115).

Il principio di trasparenza implica, inoltre, che tutte le informazioni tecniche pertinenti per la buona comprensione del bando di gara o del capitolato d'oneri siano messe, appena possibile, a disposizione di tutte le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, in modo da consentire, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se effettivamente le offerte presentate dagli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v. sentenza del 29 gennaio 2014, European Dynamics Belgium e a./EMA, T-158/12, EU:T:2014:36, punto 60 e giurisprudenza ivi citata).

79. Dalla giurisprudenza citata ai precedenti punti da 74 a 78 emerge che il ragionamento in termini di rischio di conflitto di interessi impone una valutazione concreta, da un lato, dell'offerta e, dall'altro, della situazione dell'offerente interessato, e che l'esclusione di tale offerente è un rimedio volto a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti” (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 aprile 2016, n. 485, confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 189);

Rilevato che, nel caso di specie, l'Amministrazione ha genericamente motivato in punto di violazione del principio di parità di condizioni dei concorrenti non avendo specificato le circostanze di fatto che hanno determinato il ritenuto vantaggio competitivo (vantaggio competitivo che, ove effettivamente sussistente, determinerebbe senz'altro l'esclusione dalla

gara della ricorrente, non potendo condividersi quanto affermato da quest'ultima nel secondo motivo del ricorso principale in punto di possibilità di sostituzione del dott. Girardi per evidente violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, con conseguente infondatezza dell'omogenea censura);

Ritenuto, pertanto, che:

- è suscettibile di favorevole apprezzamento la censura di illegittimità del provvedimento di esclusione per eccesso di potere *sub specie* di *deficit* istruttorio e motivazionale articolata con il primo motivo di ricorso, non contenendo il provvedimento stesso alcun riferimento al tipo di informazioni che la ricorrente potrebbe aver acquisito dal predetto professionista né, tanto meno meno, all'eventuale natura riservata delle stesse;

- il ricorso deve essere parzialmente accolto nei sensi fin qui esposti, con conseguente annullamento dell'esclusione per difetto d'istruttoria e di motivazione, con salvezza degli ulteriori provvedimenti che verranno adottati dall'Amministrazione comunale in sede di riesercizio del potere;

Ritenuto, quanto alla domanda di annullamento proposta con i motivi aggiunti, che la stessa è inammissibile per carenza d'interesse poiché la delibera di aggiudicazione in favore della controinteressata prot. n. 633 del 29 marzo 2018 è stata sospesa in data precedente alla notifica dei ridetti motivi aggiunti (27 aprile 2018) con provvedimento prot. n. 4041 del 5 aprile 2018;

Ritenuto, infine, che la novità della questione giustifichi la compensazione integrale delle spese di lite fra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'esclusione della ricorrente, con salvezza della riedizione del potere.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nelle camere di consiglio dei giorni 5 giugno 2018 e 19 giugno 2018, con l'intervento dei magistrati:

Giacinta Serlenga, Presidente FF

Donatella Testini, Referendario, Estensore

Lorenzo Ieva, Referendario

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Giacinta Serlenga

IL SEGRETARIO