

TAR Lombardia, Sezione Seconda, Sentenza n. 2453 del 25 ottobre 2023

Appalti di forniture – Modifiche alla lex specialis in corso di gara – Illegittimità – Principio di autovincolo della SA – Tutela della par condicio

Publicato il 25/10/2023

N. 02453/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00164/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 164 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il loro studio in (...);

contro

Fondazione (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., (...) S.r.l. e (...) S.p.A., tutte non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 3DW7OTC8U del 5 dicembre 2022 (doc.1), comunicata tramite (...) in data 30.12.2022 (doc.2), nonché via pec in pari data, recante

l'aggiudicazione della fornitura di bilance e phmetri (CIG Z1338A7895), in favore di (...) S.r.l.;

- della c.d. “Relazione interna dell'ente tecnico della Fondazione” (doc.3), resa in esito all'accesso agli atti in data 12 gennaio 2023 (doc.4), quale motivazione dell'aggiudicazione; nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto tra le controparti, e per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, mediante adozione del provvedimento di aggiudicazione della commessa in favore della ricorrente, la quale aveva presentato la migliore offerta economica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2023 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Fondazione (...) (di seguito, anche solo “Fondazione”) è un organismo di diritto pubblico con sede in (...) e soggetto all'applicazione del codice dei contratti pubblici (nel caso di specie è applicabile “*ratione temporis*” il D.Lgs. n. 50 del 2016, di seguito anche solo “codice”).

La Fondazione pubblicava una richiesta di offerta (RDO) sulla piattaforma telematica della Regione (...) denominata “(...)”, per l'acquisizione di strumentazione di misura, di precisione e pHmetri per l'allestimento di laboratori.

Si trattava di un appalto specifico nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55 del codice, sistema cui erano stati ammessi diversi operatori fra cui la società ricorrente.

Al termine della procedura di cui sopra, era aggiudicataria la società (...) Srl, mentre al quarto posto della graduatoria si collocava la (...) Srl (di seguito, anche solo “(...”).

Quest’ultima proponeva di conseguenza il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio la Fondazione, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito all’udienza in camera di consiglio del 18.4.2023 l’istanza cautelare era respinta con ordinanza della Sezione n. 346 del 2023, per evidente insussistenza del *periculum in mora* e salvi i necessari approfondimenti in sede di merito.

Alla successiva pubblica udienza del 17.10.2023 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Nell’unico ed articolato mezzo di gravame, la società istante lamenta la violazione di legge (art. 30 del codice e art. 1 co. 2 della legge n. 120 del 2020), oltre che l’eccesso di potere sotto vari profili, fra cui assume rilievo fondamentale quello della inosservanza dell’autovincolo che si è imposto l’Amministrazione attraverso la legge di gara.

La società esponente evidenzia di avere presentato la migliore offerta economica, vale a dire quella con il prezzo più basso, ma di essere stata collocata ultima nella graduatoria finale in quanto la Fondazione, in violazione della *lex specialis*, avrebbe aggiudicato l’appalto non con il criterio del prezzo più basso previsto dalla RDO bensì con il diverso criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, criterio introdotto durante la procedura di scelta del contraente in via di fatto, quindi in palese inosservanza della legge di gara.

La doglianza appare fondata, per le ragioni che seguono.

1.1 La RDO pubblicata dalla Fondazione (cfr. il doc. 9 della ricorrente ed il doc. 1 della resistente) costituisce la legge di gara, vincolante per la Fondazione stessa e ciò nel rispetto del principio pacifico della contrattualistica pubblica secondo cui la stazione appaltante è rigidamente vincolata alle previsioni della legge di gara, allo scopo di garantire la parità di trattamento (“*par condicio*”) dei partecipanti.

Questi ultimi devono essere posti nella condizione di formulare offerte adeguate nel rispetto della legge di gara, che l'Amministrazione deve quindi osservare senza introdurre modifiche nel corso della procedura.

Del resto l'art. 30 del codice, recante i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni, impone il rispetto, fra gli altri, del principio di "non discriminazione" e di quello di "correttezza" e tali principi sarebbero irrimediabilmente lesi se l'appaltante potesse modificare le regole di gara durante la fase di affidamento.

Nel caso di specie l'appalto ha un importo a base di gara non elevato (39.000,00 euro), sicché l'Amministrazione pare essersi avvalsa della possibilità dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 1 comma 2 del DL n. 76 del 2020 convertito con legge n. 120 del 2020 (norma richiamata nel provvedimento di aggiudicazione, doc. 1 della ricorrente).

Quanto sopra non fa però venire meno l'obbligo del rispetto della legge di gara (c.d. autovincolo), considerato che il citato art. 1 comma 2 lettera a), sugli affidamenti per importi sino a 150.000,00 euro, richiama in ogni modo l'art. 30 del codice.

Il rispetto dell'autovincolo, giova ribadire per ragioni di completezza espositiva, è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36 del 2023), che fra i principi fondamentali annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo (cfr. in particolare l'art. 5 del D.Lgs. n. 36 del 2023).

1.2 Dalla lettura e dall'interpretazione della RDO – interpretazione da condursi secondo gli articoli 1362 e seguenti del codice civile – risulta chiaramente che il criterio di aggiudicazione della fornitura di cui è causa è quello del prezzo più basso.

L'art. 8 punto "C" della RDO (si vedano ancora il doc. 9 della ricorrente ed il doc. 1 della resistente) prevede che il fornitore debba "presentare la propria migliore offerta relativamente al seguente importo stimato euro 39.000,00 ... indicando per ogni prodotto il prezzo unitario dei prodotti offerti".

L'esegesi anche meramente letterale dell'art. 9 porta alla conclusione che il solo elemento per valutare la migliore offerta è quello del prezzo.

Del resto la RDO non contiene alcuna disposizione sull'attribuzione di un eventuale punteggio tecnico né indica i criteri per la valutazione dell'offerta tecnica, a differenza delle leggi di gara normalmente redatte in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 8 punto "B" della RDO sulla "Documentazione tecnica" indica soltanto che la proposta dovrà essere "corredata" dalle Schede tecniche dei prodotti offerti.

Non sono previsti però punteggi tecnici a fronte dell'allegazione di tali schede, la cui funzione è quindi solo quella di permettere all'appaltante di valutare i requisiti tecnici minimi dei prodotti ai fini dell'ammissione dei partecipanti (si veda sul punto l'art. 12 della RDO sull'esclusione in caso di offerte difformi dai requisiti tecnici prestabiliti).

L'art. 3 della RDO parla poi di "Importo a base di gara", confermando che la RDO ha previsto una gara informale, da aggiudicarsi in base al solo elemento del prezzo secondo il successivo art. 9.

Nonostante la chiara dizione della *lex specialis*, la Fondazione ha disatteso quest'ultima ed ha redatto la graduatoria finale considerando non solo il prezzo ma anche altri elementi tecnici (cfr. la relazione tecnica della Fondazione, doc. 3 della ricorrente e della resistente; il documento è in lingua inglese ma è comunque di agevole comprensione).

Dalla lettura delle offerte pervenute, risulta poi che quella di (...) contiene il prezzo più basso (cfr. i documenti da 12 a 15 della ricorrente).

Se l'Amministrazione avesse correttamente applicato la legge di gara l'esponente sarebbe risultata aggiudicataria.

In definitiva, il ricorso merita accoglimento, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

2.1 All'accoglimento della domanda di annullamento si accompagna quello della domanda di inefficacia del contratto stipulato dalla Fondazione e di subentro della ricorrente nella fornitura.

Il contratto è stato stipulato il 13.3.2023 (cfr. il doc. 4 della resistente) ed ha durata biennale, con facoltà di proroga (cfr. l'art. 2 della RDO).

Non si ravvisano motivi di pubblico interesse ostativi al subentro, trattandosi di una fornitura di importo tutto sommato limitato e visto altresì che la scadenza contrattuale non è imminente ma fissata al 13.3.2025.

Per effetto del subentro, che realizza una reintegrazione in forma specifica ai sensi dell'art. 124 del c.p.a. e trattandosi di una fornitura di beni con annessa assistenza, la Fondazione dovrà acquisire gli strumenti da (...), con dismissione degli strumenti acquisiti dall'impresa la cui aggiudicazione è stata annullata.

3. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico della sola Amministrazione resistente, mentre possono essere compensate nei confronti delle altre parti evocate in giudizio ma non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato da Fondazione (...) e dispone il subentro della ricorrente, come in motivazione.

Condanna la Fondazione (...) al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (art. 13 comma *6bis*1 del DPR n. 115/2002).

Compensa per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Maria Ada Russo

IL SEGRETARIO