

**APPALTI - PRESENTAZIONE OFFERTA - RITARDO - CLAUSOLA DI ESCLUSIONE - NULLITÀ - FAVOR PARTECIPATIONIS - TASSATIVITÀ CAUSE DI ESCLUSIONE**

È nulla la clausola del bando che prevede l'esclusione dell'offerente dalla gara in ogni caso di ritardo nella presentazione dell'offerta, anche nelle ipotesi in cui il ritardo non sia addebitabile al concorrente a titolo di colpa e il plico non giunga a destinazione in tempo utile a causa di forza maggiore.

Una siffatta clausola, infatti, si pone in contrasto sia col principio del *favor participationis* che con quello di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale: “*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”.

**Tar Campania, Napoli, Sez. V, sentenza n. 6054/2018**

Publicato il 17/10/2018

**N. 06054/2018 REG.PROV.COLL.**

**N. 01044/2018 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente  
**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1044 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Citieffe S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Toledo 323, con indirizzo digitale [studiotozzi@cnfpec.it](mailto:studiotozzi@cnfpec.it);

***contro***

Asl Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Rajola Pescarini e Rosa Anna Peluso, coi quali è

domiciliata in Napoli, presso la Segreteria del T.A.R. Campania, ai sensi di quanto disposto dall'art. 25 c.p.a., con indirizzo digitale g.rajolapescarini@pec.aslnapoli3sud.it e ra.peluso@pec.aslnapoli3sud.it;

***nei confronti***

Biotechnica S.r.l., non costituita in giudizio;

***I) per l'annullamento, previa sospensione:***

A) quanto al ricorso introduttivo:

1) dell'atto, risultante dal verbale dell'8.3.2018, con cui la società ricorrente sarebbe stata esclusa dalla gara, articolata in più lotti, indetta dall'ASL NA 3 Sud per la fornitura di vari materiali di osteosintesi;

2) ove e per quanto lesivi, del bando, del disciplinare di gara, del capitolato speciale di appalto nonché dei verbali di gara, non ancora conosciuti, laddove interpretabili in senso sfavorevole alla ricorrente;

3) del provvedimento di aggiudicazione eventualmente emesso nelle more della procedura;

B) quanto ai motivi aggiunti presentati il 13.4.2018:

4) anche del verbale n. 8 della seduta del 12 aprile 2018 con cui è stata disposta formalmente l'esclusione della società ricorrente dalla suddetta gara.

II) nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato e per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente per l'illegittimo e colposo operato della p.a. resistente;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl Na 3 Sud;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2018 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con l'atto introduttivo del giudizio, notificato il 14 marzo 2018 e depositato in pari data, Citieffe S.r.l. ha impugnato l'atto, risultante dal verbale dell'8.3.2018, con cui sarebbe stata esclusa dalla gara di appalto cui ha chiesto di partecipare – indetta dall'ASL NA 3 Sud ed articolata in più lotti, per la fornitura biennale di vari materiali di osteosintesi – nonché, ove lesive, le previsioni della lex specialis di gara concernenti la stessa fase della procedura.

A sostegno dell'azione ha dedotto un unico motivo di diritto, così formulato in rubrica: violazione e falsa applicazione di legge (art. 83 comma 8 d.lgs. 50/2016) – violazione e falsa applicazione della lex specialis (art. 16 Disciplinare di gara) – illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – difetto ovvero carenza di istruttoria – difetto di motivazione.

Oltre alla domanda impugnatrice la società istante ha contestualmente chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato ed il risarcimento dei danni subiti e subendi per l'illegittimo e colposo operato della p.a.

Si è costituita in giudizio l'intimata Amministrazione sanitaria, la quale ha eccepito in rito l'inammissibilità dell'azione, in relazione alla asserita natura non provvedimento dell'atto gravato, concludendo comunque con richiesta di reiezione delle domande attoree anche nel merito per l'infondatezza delle censure.

In esito alla camera di consiglio del 27 marzo 2018, questa Sezione ha respinto la domanda cautelare.

Con motivi aggiunti presentati il 13 aprile 2018, la ricorrente ha esteso la domanda di annullamento, sulla base di doglianze sostanzialmente analoghe a quelle già

introdotte, al verbale n. 8 relativo alla seduta del 12 aprile 2018, con cui sarebbe stata formalmente disposta la sua esclusione dalla procedura in argomento.

Con ordinanza n. 594/18, pronunciata in esito della camera di consiglio del 24 aprile 2018, la Sezione ha accolto l'istanza cautelare riproposta in sede di motivi aggiunti.

Le parti hanno depositato memorie difensive e documenti a sostegno delle rispettive richieste.

All'udienza pubblica del 28 settembre 2018, sentiti i difensori delle parti, presenti come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

I. Come eccepito dall'Amministrazione resistente, il ricorso introduttivo è inammissibile per originaria carenza dell'interesse ad agire, atteso che l'atto gravato, contrariamente a quanto lamentato, in realtà non dispone l'esclusione della ricorrente dalla procedura de qua.

Invero, col detto verbale, la Commissione di gara, dopo aver dato atto della presentazione di ventitré istanze, con l'indicazione della data e dell'orario in cui è pervenuto ciascun plico, ha aperto solo le buste contenenti la documentazione amministrativa prodotta da cinque concorrenti, i quali sono stati tutti ammessi (uno con riserva) alla successiva fase, senza disporre alcunché circa la posizione della società Citieffe e degli altri offerenti, essendo stati aggiornati i lavori ad una successiva riunione.

Ne discende che l'impugnazione, fondata sull'asserita illegittimità dell'estromissione dalla gara della deducente (a causa della supposta tardività nella presentazione della domanda), in realtà insussistente, è inammissibile per carenza di interesse, non essendosi verificata la prospettata lesione.

La conclusione appena raggiunta è in linea coi principi generali che governano il processo amministrativo, non potendo l'organo giudicante sostituirsi all'autorità

amministrativa, anticipando la valutazione circa la tempestività della domanda di partecipazione alla gara, trattandosi di giudizio rimesso alle cure del seggio di gara, in ossequio al disposto dell'art. 34, comma 2, primo periodo, del c.p.a., secondo cui “In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”.

In definitiva, il ricorso iniziale va dichiarato inammissibile per carenza d'interesse, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lettera b), c.p.a.

II. Può passarsi, dunque, allo scrutinio dei motivi aggiunti, che si appuntano sul verbale n. 8 della seduta del 12 aprile 2018, con cui, questa volta, la Commissione preposta ha effettivamente e formalmente disposto l'esclusione della società ricorrente dalla gara d'appalto. Dopo aver rilevato che Citieffe ha presentato il plico alle h. 9.52 del 16/08/2017 (come da protocollo d'arrivo n. 96946), dunque oltre il termine perentorio delle h 12,00 dell'11/08/2017, la stessa ha estromesso la concorrente sulla base dell'art. 16 del disciplinare di gara, secondo cui: “La consegna dei plichi è totalmente a rischio del mittente, intendendosi l'ASL NA 3 SUD esonerata da ogni responsabilità, anche derivante da causa di forza maggiore, qualora i plichi non giungessero a destinazione in tempo utile”.

II.1. Ad avviso del Collegio la domanda è fondata entro i limiti di seguito precisati. Deve anzitutto osservarsi che il ritardo (di 5 giorni) nella protocollazione dell'offerta non risulta effettivamente addebitabile alla ricorrente, la quale ha dimostrato di avere tempestivamente affidato al corriere TNT, noto operatore nel settore delle consegne, il plico contenente l'offerta sin dal 2 agosto 2017 (spedizione MY77949707 partita da Bologna), ossia ben nove giorni prima dalla scadenza del termine sopra indicato.

In relazione alla modalità di spedizione prescelta, trattasi di un lasso di tempo ordinariamente sufficiente, secondo l'id quod plerumque accidit, a garantire la tempestività della consegna.

Quest'ultima, poi, non è andata a buon fine per un disguido certamente non imputabile al mittente, potendosi discutere se la responsabilità del tardivo recapito sia ascrivibile ad una disfunzione dell'Amministrazione destinataria o del corriere (cfr. tracking del vettore TNT sul il rifiuto opposto dal destinatario alla consegna in data 4.8.2017), senza peraltro che quest'ultima questione rilevi in questa sede, in cui occorre solo verificare la legittimità della mancata ammissione della concorrente alla procedura per un evento imprevedibile esterno, estraneo alla propria sfera di controllo.

L'istante ha anche documentato di essersi diligentemente attivata, una volta informata da TNT (in data 14.8.2017) del mancato recapito, a ritirare immediatamente la busta dal corriere per procedere essa stessa alla consegna manuale nel più breve tempo possibile (in data 16.8.2017, primo giorno utile non festivo).

E' poi dirimente osservare che nella fattispecie concreta non sono stati violati i fondamentali principi di par condicio, segretezza e genuinità della procedura (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. 1, n. 626 del 6.3.2015; T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 24 maggio 2012, n. 521; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 13 novembre 2012, n. 1878; Consiglio di Stato sez. V, 8 agosto 2003, n. 4591). Non è contestata, infatti, l'integrità del plico presentato alla stazione appaltante, essendo lo stesso ancora pienamente sigillato con le etichette adesive apposte dal corriere (in data 2.8.2017), come attestato nei verbali di gara, in cui si dà anche atto che "il plico, integro, non viene aperto ed è depositato nella stanza blindata dell'UOC A.B.S." (verbale n. 8 del 12.4.2018).

E' acclarato, inoltre, che la consegna è avvenuta in data antecedente all'inizio delle operazioni di gara ed alla stessa nomina della commissione giudicatrice.

II.2. Né può valere, in contrario, il disposto dell'evocato articolo 16 del disciplinare di gara, anch'esso peraltro espressamente impugnato dalla ricorrente, atteso che

L'imputazione oggettiva di responsabilità ivi prevista, anche nelle ipotesi di assenza di qualsivoglia addebito al concorrente a titolo di colpa e persino nei casi eccezionali di forza maggiore, con previsione dell'esonero di responsabilità della p.a., urta contro i principi generali in materia di gare pubbliche. Infatti, ad avviso del Collegio, una siffatta clausola si pone in contrasto sia col principio del *favor participationis*, funzionale alla più ampia apertura del settore degli appalti pubblici ed alla massimizzazione della concorrenza, che con quello di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (modificato dall'articolo 52, comma 1, lettera c), del D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56), a mente del quale: "I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

In virtù di tale previsione, l'estromissione può essere disposta solo quando il concorrente abbia violato regole poste a tutela di interessi sostanziali della pubblica amministrazione o a protezione della par condicio tra i partecipanti, ipotesi alle quali non è ascrivibile la presente fattispecie.

Per consolidata giurisprudenza il principio di tassatività della cause di esclusione impedisce l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali e con l'esigenza di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sugli operatori economici, riconoscendo giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisca il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta le quali devono essere interpretate in maniera rigorosa senza possibilità di estensione analogica, dovendo essere la ratio delle medesime ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare (Cons. Stato, sez. VI 27 febbraio 2018 n. 1202; id. sez. IV, 29 maggio 2014, n. 2778; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 2 novembre 2017, n. 1304).

II.3. Alla luce delle considerazioni svolte, l'art. 16 del disciplinare di gara va dichiarato nullo laddove prevede che l'offerente debba essere escluso in ogni caso di ritardo nella presentazione del plico, anche qualora lo stesso non giunga a destinazione in tempo utile a causa di forza maggiore, con esonero di ogni responsabilità della stazione appaltante anche nel caso di fatto addebitabile alla stessa.

Per l'effetto va annullata l'esclusione della società Citieffe dalla gara de qua.

II.4. Procedendo oltre, va dichiarata inammissibile, per evidente carenza d'interesse, l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione definitiva, che non risulta essere intervenuto, e la connessa domanda di accertamento di inefficacia del contratto, in realtà mai stipulato.

II.5. Va infine disattesa la domanda di risarcimento dei danni, atteso che la riammissione alla procedura a evidenza pubblica della parte ricorrente, illegittimamente esclusa, disposta nell'immediatezza dalla Sezione in sede cautelare, costituisce, già di per sé, reintegrazione in forma specifica.

III.1. In conclusione, il ricorso introduttivo va dichiarato inammissibile mentre il ricorso per motivi aggiunti va accolto nei limiti sopra precisati.

III.2. Le spese processuali, previa parziale compensazione, devono essere addebitate, nella misura liquidata in dispositivo, all'ASL Napoli 3 Sud, con distrazione in favore del difensore della parte ricorrente, il quale si è dichiarato antistatario.

III.3. Il contributo unificato anticipato per il ricorso introduttivo rimane definitivamente a carico della parte ricorrente, mentre quello versato per il ricorso per motivi aggiunti va posto a carico dell'ASL soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla causa in epigrafe, così statuisce:

- dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- accoglie, entro i limiti di cui in motivazione, i motivi aggiunti e, per l'effetto, previa declaratoria di nullità della clausola escludente contenuta nell'articolo 16 del disciplinare di gara indetta dall'ASL NA 3 Sud per la fornitura biennale di materiali di osteosintesi, annulla l'esclusione della società ricorrente e, in parte qua, il verbale n. 8 riferito alla seduta della Commissione giudicatrice del 12 aprile 2018;
- previa parziale compensazione, condanna l'Asl Napoli 3 Sud a corrispondere alla ricorrente le spese di giudizio, che liquida complessivamente in euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre agli accessori di legge, con attribuzione al procuratore antistatario;
- pone il contributo unificato anticipato per il ricorso introduttivo a carico della parte ricorrente e quello versato per i motivi aggiunti a carico dell'ASL soccombente;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 28 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Pierluigi Russo**

**IL PRESIDENTE**  
**Santino Scudeller**

IL SEGRETARIO