

Pubblicato il 03/02/2023

N. 01175/2023REG.PROV.COLL.
N. 08785/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8785 del 2022, proposto dalla società Becton Dickinson Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

Puntozero S.C.A.R.L. - Centrale Regionale Acquisti in Sanità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 641/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Puntozero S.C.A.R.L. - Centrale Regionale Acquisti in Sanità;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023, il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Becton Dickinson Italia S.p.a. ha partecipato ad una procedura di gara aperta indetta dalla Centrale acquisti Punto Zero per l'affidamento della fornitura di dispositivi per accesso vascolare centrale e periferico per le aziende sanitarie della Regione Umbria, suddivisa in 36 lotti.

2. Non avendo effettuato il pagamento del contributo ANAC in relazione ai lotti nn. 4, 30 e 31, con nota del 9 maggio 2022 è stata invitata a regolarizzarlo in sede di soccorso istruttorio. Ha quindi provveduto al versamento in data 11 maggio 2022, dunque entro il termine di 15 giorni a tal fine assegnatole dalla stazione appaltante, ma dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fissato al 15 aprile 2022.

3. Per tale ragione, ovvero a causa del tardivo adempimento rispetto ai termini della gara è stata esclusa dai tre lotti innanzi menzionati, ai sensi dell'art. 11 del disciplinare di gara e dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

4. Nel giudizio di primo grado Becton Dickinson ha impugnato l'esclusione osservando che:

-- il "tardivo" adempimento è avvenuto in esito alla richiesta di regolarizzazione da parte della Amministrazione, sicché la violazione contestata ha assunto consistenza di mera irregolarità formale (non essenziale) che, in quanto tale, non avrebbe potuto ostare alla riammissione dell'operatore alla gara (anche per la minima consistenza dei versamenti in questione, due da € 20 ciascuno e uno da € 35);

-- il pagamento del contributo ANAC non era dovuto poiché, singolarmente per ciascun lotto, il relativo valore non superava la soglia dei € 150.000;

-- nel motivare l'esclusione la stazione appaltante avrebbe inammissibilmente correlato la doverosità del contributo ANAC e la sua misura, secondo lo schema di cui all'art. 11 del disciplinare, non all'importo a base d'asta stabilito per ciascun lotto, bensì al valore massimo contrattuale quale derivante dall'eventuale rinnovo della fornitura di ulteriori 24 mesi ai sensi dell'art. 3.1 del medesimo disciplinare e della eventuale variazione in aumento dei quantitativi dei beni forniti entro il limite massimo del 50% prevista dall'art. 3.2;

-- così facendo, la stazione appaltante avrebbe lasciato agli operatori economici l'onere di stabilire se ed in quale misura fosse dovuto il contributo ANAC, rendendo loro impossibile *«anche lontanamente capire quale sarebbe stata la modalità di calcolo corretta al fine di individuare il contributo ANAC da corrispondere»*.

5. Con la pronuncia qui impugnata n. 641 del 2022, il Tar per l'Umbria ha respinto il ricorso osservando che:

-- il disciplinare di gara espressamente stabiliva, all'art. 11, che “[l]’importo del contributo dovuto ad ANAC per ciascun lotto è commisurato all’importo complessivo massimo stimato (Valore massimo stimato comprensivo delle opzioni di incremento del 50% e dell’eventuale rinnovo di 24 mesi) rilevabile nella tabella Elenco lotti e valori (allegato C)”;

-- l'allegato C, richiamato dal citato art. 11, indicava in maniera inequivoca i valori di riferimento ai fini della determinazione del contributo ANAC, aggiungendo alla base d'asta per la fornitura di 36 mesi il valore maggiorato dell'opzione di rinnovo per gli ulteriori 24 mesi e, quindi, la maggiorazione prevista per l'opzione di incremento del quantitativo in misura non superiore al 50%;

-- dunque, dalla combinata lettura dell'art. 11 del disciplinare e della tabella di cui all'allegato C, alla quale lo stesso art. 11 faceva rinvio per la determinazione dei valori da prendere in considerazione ai fini della determinazione del contributo, *“ciascun operatore economico, senza incorrere in*

incertezze e senza dover autonomamente procedere a calcoli o stime, avrebbe potuto stabilire per ogni lotto se il contributo ANAC era dovuto ed in quale importo”.

-- lo stesso art. 11, d'altra parte, prevedeva, per il caso del mancato pagamento entro il termine di presentazione delle offerte, una espressa comminatoria di esclusione che legittima l'operato della stazione appaltante (*“[q]ualora il pagamento non risulti registrato nel sistema, la mancata presentazione della ricevuta potrà essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, a condizione che il pagamento sia stato già effettuato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 67 della l. 266/2005”*).

6. Appella in questa sede Becton Dickinson Italia S.p.a.. Resiste la Centrale acquisti Punto Zero S.C.A.R.L..

7. A seguito della reiezione dell'istanza cautelare (ordinanza n. 5737 del 2022), la causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 26 gennaio 2023.

8. Nelle more del giudizio di secondo grado è intervenuta l'aggiudicazione dell'appalto, che la parte appellante ha comunicato di avere impugnato con separato ricorso (vedasi il deposito documentale del 13 gennaio 2023).

Alla data dell'udienza di discussione non risultava che il contratto fosse stato stipulato.

9. Con il primo motivo di appello, Becton si duole della preminenza che il Tribunale di primo grado ha conferito al dettato dell'articolo 11 del Disciplinare di gara nella parte in cui ammette la possibilità per le concorrenti di provvedere al pagamento del contributo ANAC, seppure in ritardo, solamente prima del termine di presentazione delle offerte (pt. 6.2 sentenza).

9.1. Così opinando il Tar avrebbe trascurato di considerare che:

-- la regolarizzazione è stata consentita in virtù del soccorso istruttorio, il che sottende un implicito riconoscimento da parte della stazione appaltante della illegittimità dei limiti temporali imposti, ai medesimi fini, dall'art. 11 del Disciplinare;

-- il soccorso istruttorio è stato attivato solo in data 9 maggio 2022, quando era già scaduto il termine di presentazione delle offerte (15 aprile 2022) e il pagamento è avvenuto l'11 maggio 2022, ampiamente entro il termine di 15 giorni concesso dalla stazione appaltante;

-- la violazione contestata presentava indubbio carattere di irregolarità sanabile e non essenziale, non afferendo la stessa né al contenuto dell'offerta economica, né a quello dell'offerta tecnica;

-- la causa d'esclusione prevista dal disciplinare esula dal novero delle cause di esclusione ammesse dalla legge (art. 83, comma 8, del Codice dei Contratti) e come tale è affetta da nullità e non avrebbe dovuto trovare applicazione.

9.2. Il motivo è fondato, nei limiti di seguito precisati.

9.3. È ben vero che la disposizione contenuta nell'articolo 11 del disciplinare trae fondamento normativo dall'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, il quale contempla *“l'obbligo di versamento del contributo da parte degli operatori economici quale condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche”*.

9.4. Nondimeno, il campo precettivo dell'art. 11 è più limitante e rigoroso di quello dell'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, poiché l'effetto espulsivo previsto dalla legge di gara consegue anche al solo tardivo pagamento del contributo oltre che, pacificamente, al suo omesso pagamento.

9.5. In questa più rigida previsione - che esclude la rilevanza anche del soccorso istruttorio e conferisce alla tempistica del pagamento un peso determinante - può effettivamente individuarsi un profilo eccedente o contrastante con il disposto degli artt. 83, comma 8, del codice dei contratti e 1, comma 67, della legge n. 266/2005.

9.6. La giurisprudenza ha d'altra parte sostenuto che il testo dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, *“non esclude l'interpretazione, eurolunitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo”*, ovvero sanabile con il soccorso istruttorio in quanto estraneo al contenuto dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2386 del 2018;

TAR Lazio, n. 11031 del 2017; TAR Reggio Calabria, sez. I, n. 543 del 2020; TAR L'Aquila, sez. I, n. 100 del 2020; TAR Napoli, sez. V, n. 2355 del 2022). Nello stesso senso è la consolidata giurisprudenza formatasi sull'analogia fattispecie del tardivo versamento del deposito cauzionale o cauzione provvisoria (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, n. 2786 del 2020 e Cons. Stato, sez. III, n. 7580 del 2019).

9.7. Né vale eccepire che questo profilo di contrasto è stato eccepito dalla parte appellante solo nel presente grado di giudizio, così da incorrere nella preclusione dei *nova ex* art. 104, comma 1, c.p.a., in assenza di specifica ed espressa censura nel ricorso di primo grado.

9.8. La posizione in tal senso espressa da questa Sezione in fase cautelare va infatti rimeditata alla luce del principio per cui la nullità delle clausole escludenti atipiche (ovvero eccedenti il novero di quella tassativamente ammesse – v. il menzionato 83, comma 8, del codice dei contratti) è tale per cui la clausola in tal senso viziata è da intendersi come ‘non apposta’ a tutti gli effetti di legge, quindi improduttiva di effetti e *tamquam non esset*, sicché non sussiste alcun onere di doverla impugnare, dovendosi semmai impugnare gli atti conseguenti che ne facciano applicazione (v. Cons. Stato, ad. plen., n. 22 del 2020).

9.9. Nel caso di specie il provvedimento di esclusione che ha fatto applicazione della clausola espulsiva è stato ritualmente impugnato nel ricorso introduttivo, unitamente alla corrispondente e sottostante previsione del disciplinare di gara (nella parte in cui non ha previsto alcuna sanatoria in ordine al mancato pagamento del contributo se non effettuato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte), il che avrebbe consentito al giudice di primo grado (e consente a questo giudice di appello) di deliberare d'ufficio il profilo di nullità della clausola presupposta.

9.10. Nessuna preclusione consegue, infine, al fatto che la nullità non sia stata rilevata al Tar: si tratta, infatti, di questione esaminabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, in quanto desumibile dal materiale processuale già

acquisito agli atti di causa e dal quale la cognizione del giudice non può prescindere (Cass. civile, sez. III, n. 33030 del 2022 e sez. II, n. 6990 del 2022).

9.11. Appurata la nullità *in parte qua* dell'art. 11 del disciplinare, deve concludersi che l'avvenuto pagamento, nei termini consentiti dal soccorso istruttorio, sia valso a sanare la violazione contestata e a regolarizzare la posizione del concorrente, il quale, dunque, deve esser riammesso alla procedura di gara.

10. Per quanto esposto, assorbiti i rimanenti motivi, l'appello va accolto e, in riforma della pronuncia impugnata, va accolto il ricorso di primo grado e annullato il provvedimento di esclusione con esso impugnato.

11. La peculiarità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della pronuncia impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento di esclusione con esso impugnato.

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giovanni Pescatore

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO