



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 13079 del 2017, proposto da:
Kaster S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli
avvocati Antonietta Favale, Marco Orlando, Angelo Annibali, Matteo Valente, con
domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Roma, via Sistina n. 48;

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella,
Egidio Mammone, con domicilio eletto presso la sede legale dell'ente in Roma,
Circonvallazione Gianicolense 87;

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari,

- del provvedimento (prot. n. 34017/2017) del 29 novembre 2017, con il quale
l'Azienda Ospedaliera "San Camillo Forlanini" ha disposto l'esclusione della Kaster
s.r.l. dalla procedura di gara, avente ad oggetto la fornitura di "Dispositivi e protesi

endovascolare”, in relazione ai Lotti nn. 50, 63, 65, 83 (rectius: 82), per omesso pagamento del contributo ANAC;

- del verbale del 17 novembre 2017 (doc. 2- Verbale n. 1) nella parte in cui, all'esito della seduta pubblica tenutasi in pari data per l'apertura e verifica della documentazione amministrativa (Busta A), la Kaster è stata ammessa a partecipare solo ad alcuni Lotti di gara, con esclusione dei Lotti nn. 50, 63, 65, 82;

- qualora occorrer possa, del bando (doc. 3- bando) e del capitolato speciale di gara (doc. 4 – capitolato), qualora dovessero essere interpretati nel senso di impedire la partecipazione alla gara per il mancato tempestivo pagamento del contributo ANAC;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2018 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

a) viene impugnata la determinazione di esclusione dalla gara, avente ad oggetto la fornitura di “Dispositivi e protesi endovascolare”, con particolare riguardo ai Lotti nn. 50, 63, 65, 83 (rectius: 82). Valore complessivo dei quattro lotti: un milione 90 mila euro. Ragione dell'esclusione: mancato versamento contributo ANAC ai sensi della legge n. 266 del 2005. Questi i motivi di ricorso: violazione dell'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, nella parte in cui l'intimata amministrazione,

pur in assenza di una espressa comminatoria di esclusione in caso di omesso versamento del contributo in parola, non avrebbe attivato il meccanismo del soccorso istruttorio. E ciò tanto più ove soltanto si consideri che, in data 24 novembre 2017, la società ricorrente aveva successivamente provveduto ad assolvere al predetto onere contributivo;

b) si costituiva in giudizio l'intimata amministrazione sanitaria la quale, nel chiedere il rigetto del gravame, sollevava peraltro eccezione di inammissibilità del gravame per omessa notifica ad almeno uno dei controinteressati (ossia una delle aziende che avevano partecipato alla ridetta gara di appalto);

c) alla camera di consiglio del 22 maggio 2018, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa veniva infine trattenuta in decisione.

Considerato che:

1. Va innanzitutto rigettata la sollevata eccezione di inammissibilità dal momento che, per giurisprudenza pressoché costante, *“il ricorso amministrativo contro l'esclusione da una gara pubblica, proposto prima del provvedimento finale di aggiudicazione dell'appalto, non comporta l'onere di notifica ai controinteressati, sia perché a tale stadio del procedimento di gara non sussiste un interesse protetto in capo agli altri concorrenti che potrebbe essere lesa dall'eventuale accoglimento del ricorso, sia perché comunque il loro interesse non emerge direttamente dal provvedimento impugnato”* (cfr. T.A.R. Umbria, sez. I, 31 maggio 2017, n. 429. Si veda altresì, in questa stessa direzione, T.A.R. L'Aquila, sez. I, 9 gennaio 2017, n. 17; T.A.R. Molise, sez. I, 24 novembre 2016, n. 486; T.A.R. Bari, sez. I, 9 giugno 2016, n. 766; T.A.R. Lazio, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6616);

2. Nel merito il ricorso è peraltro fondato in quanto, come anche di recente affermato dalla Sezione V del Consiglio di Stato 19 aprile 2018, n. 2386: a) fatte salve le ipotesi in cui la *lex specialis* preveda una espressa comminatoria di esclusione, l'omesso versamento del contributo Anac non comporta in linea di principio

l'estromissione dalla gara; b) ciò anche in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (cfr. sentenza 2 giugno 2016, C 27/15) nella parte in cui è stato affermato *“che i principi di tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara”*; c) di conseguenza, in presenza di una siffatta omissione ben dovrebbe innescarsi il meccanismo del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016, trattandosi di adempimento (si ripete: versamento contributo ANAC) sicuramente estraneo all'alveo dell'offerta economica e di quella tecnica: di qui la possibile regolarizzazione della connessa posizione da parte dell'impresa partecipante;

3) una simile impostazione era stata peraltro già anticipata da diverse decisioni di primo grado, tutte opportunamente richiamate dalla difesa di parte ricorrente (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III *bis*, 6 novembre 2017, n. 11031; T.A.R. Bari, sez. III, 4 dicembre 2017, n. 1240; T.A.R. Veneto, sez. I, 15 giugno 2017, n. 563);

4) orbene, poiché nel caso di specie la suddetta esclusione è stata disposta proprio per il mancato versamento del contributo di cui all'art. 1, comma 67, della legge n. 266 del 2005, ed appurato che la disciplina di gara non prevedeva in modo espresso l'esclusione per il caso di mancato versamento di tale somma, ne consegue che la gravata determinazione con cui è stata disposta l'estromissione dalla gara della odierna ricorrente (con particolare riguardo ai lotti sopra evidenziati) deve necessariamente essere reputata come illegittimamente adottata.

Ritenuto pertanto di accogliere il presente ricorso, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione in epigrafe indicato e con compensazione in ogni caso delle spese di lite, data l'oscillazione giurisprudenziale che si registra in materia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, LO ACCOGLIE e per l'effetto annulla la determinazione n. 34017 del 29 novembre 2017.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO