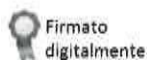


Pubblicato il 20/07/2020

N. 01465/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00769/2020 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 Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 769 del 2020, proposto da Facility Service Società Cooperativa Onlus e Associazione Croce Siciliana Assistenza Onlus, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Daniel Amato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera - Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo; domicilio digitale: ads.pa@mailcert.avvocaturastato.it; domicilio fisico: Palermo, via Villareale n. 6;

nei confronti

First Aid One Italia Cooperativa Sociale non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della lettera – provvedimento prot.n. 3111 del 11.5.2020, con cui il Policlinico

“Giaccone” ha rigettato l'istanza di riesame e annullamento in autotutela della gara d'appalto per il trasporto sanitario programmato;

- del verbale di gara prot. n. 3034 del 7 maggio 2020, in cui l'Autorità di gara ha proceduto all'apertura della documentazione amministrativa presentata;

- di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali inerenti la gara d'appalto avente ad oggetto il servizio di trasporto sanitario programmato intra e inter ospedaliero degli utenti ricoverati presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico “Paolo Giaccone”, CIG: 81764224E2.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone";

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2020 il cons. Nicola Maisano;

Visto l'art. 84, comma 5, del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, convertito in legge n. 27/2020;

Con ricorso notificato in data 31 maggio 2020, e depositato lo stesso giorno, le società ricorrenti hanno impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, articolando le censure di: I) Violazione dell'art. 103 d.l. 18 del 17.3.2020 convertito con modifiche dalla legge 24.4.2020 n.27 e dell'art. 37 d.l. 23/2020 in ordine alla c.d. “sospensione dei procedimenti amministrativi” prevista quale misura di contrasto alla diffusione della pandemia da covid 19; II) Violazione del combinato disposto dagli artt. 37 del d.lgs. 33/2013 e 29 del d.lgs. 50/2016 in tema di pubblicità e trasparenza dei provvedimenti inerenti le gare d'appalto - Mancata pubblicazione del provvedimento di rinvio termine presentazione delle offerte al 6 maggio 2020; III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 58 d.lgs. 50/2016 - Impossibilità di presentare le offerte incomplete mediante piattaforma telematica ed omesso vaglio

dell'offerta cartacea.

Sostengono le ricorrenti che le determinazioni adottate dall'Azienda resistente sono illegittime in quanto in contrasto con l'art. 103 del D.L. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020, come integrato dall'art. 37 del D.L. n. 23/2020; inoltre l'amministrazione resistente avrebbe violato le norme esistenti in tema di pubblicità e trasparenza, e non avrebbe consentito la presentazione di domande di partecipazione alla gara ammissibili, ancorché incomplete, a causa di un errore del sistema informatico attraverso il quale le istanze di partecipazione dovevano essere necessariamente inoltrate.

Si è costituita l'Azienda intimata che, con memoria, ha eccepito l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso in epigrafe.

Alla camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare proposta dalle ricorrenti, il ricorso è stato posto in decisione.

Ritiene preliminarmente il Collegio che il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti.

In via preliminare deve essere affrontata l'eccezione, sollevata dalla difesa erariale, d'inammissibilità del ricorso in epigrafe, per carenza d'interesse, non avendo le ricorrenti partecipato alla gara per cui è causa.

Tale eccezione non è fondata.

Con il ricorso in epigrafe le ricorrenti non hanno impugnato il bando di gara; conseguentemente la giurisprudenza richiamata dall'amministrazione resistente, sui limiti in cui possono essere impugnati tali bandi, risulta del tutto inconferente.

La questione sollevata nella presente controversia è la dedotta illegittimità delle determinazioni adottate dall'Azienda Policlinico, che non ha tenuto conto, nello svolgimento della procedura concorsuale per cui è causa, della proroga del termine previsto per la presentazione delle offerte dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020, e quindi della legittimità di comportamenti e determinazioni che si pongono in una fase

successiva all'adozione e pubblicazione del bando di gara.

Più pertinente è invece il problema dell'ammissibilità del ricorso proposto, in ragione della congruenza degli atti impugnati rispetto alle censure dedotte.

Sul punto ritiene il Collegio che l'impugnazione della nota dell'amministrazione dell'11 maggio 2020 n. 3111 è inammissibile, sia per il suo carattere evidentemente non provvedimentale di tale nota, sia in quanto, a seguito della evoluzione del quadro normativo che rileva nella presente vicenda, l'Azienda non avrebbe invero dovuto disporre alcun rinvio, ma prendere semplicemente atto della intervenuta proroga *ex lege*, adeguando i propri comportamenti ed atti a tale intervenuta proroga.

Diverse conclusioni ritiene invece il Collegio di dover assumere con riguardo all'impugnazione del verbale della seduta della commissione di gara del 7 maggio 2020.

In tale occasione l'amministrazione ha inequivocabilmente ritenuto già esauriti i termini per la presentazione delle istanze di partecipazione alla gara, procedendo a porre in essere le successive fasi procedurali della stessa.

In tal modo ha sostanzialmente inibito la presentazione di ulteriori offerte, nonostante i relativi termini non fossero, nella tesi delle ricorrenti, ancora conclusi.

In tal caso sarebbe irragionevole, ed ingiusto, ritenere che le ricorrenti non abbiano titolo ad impugnare tale determinazione, per non avere già presentato domanda di partecipazione alla gara, proprio in quanto la determinazione impugnata ha impedito loro di partecipare alla gara, e per tale ragione viene impugnata.

In definitiva il caso in esame si presenta come un'ipotesi – indubbiamente rara – in cui l'inibizione alla presentazione dell'offerta non deriva dalle clausole del bando, ma da successive determinazioni dell'amministrazione, assunte prima della scadenza del termine per la loro presentazione; e non vi sarebbe alcuna ragione per non consentire ad un operatore di mercato, interessato a presentare un'offerta - ma che non l'ha potuta formalizzare, in conseguenza delle determinazioni assunte

dall'amministrazione - di poterle impugnare.

Così come la giurisprudenza ammette pacificamente l'impugnazione delle clausole escludenti di un bando, da parte di un operatore che non ha presentato alcuna offerta, il Collegio ritiene che allo stesso operatore debba essere consentito di impugnare determinazioni escludenti (nel caso in esame per ragioni temporali) assunte dall'amministrazione prima della scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

Ciò posto, il primo motivo di ricorso è fondato.

L'art. 103 del D.L. n. 18/2020, come integrato dall'art. 37 del D.L. n. 23/2020, ha previsto la proroga, fino al 15 maggio 2020, di tutti i termini dei procedimenti in corso alla data del 23 febbraio 2020; tra tali termini vi rientra indiscutibilmente anche il termine di presentazione delle offerte nella gara per cui è causa che, nella sua originaria previsione, sarebbe dovuto scadere il 5 marzo 2020, ed era quindi pendente alla data del 23 febbraio 2020.

Risulta quindi illegittima la pervicace volontà dell'amministrazione di ritenere esaurito, alla data del 6 maggio 2020, il termine di presentazione delle offerte (data conseguente alle proroghe – invero di dubbia utilità ed effetti, in considerazione della proroga *ex lege* – stabilite dall'amministrazione), impedendo in tal modo la partecipazione alla gara delle ditte, tra le quali le ricorrenti, che avrebbero ben potuto presentare offerte fino al nuovo termine, risultante dal computo della sospensione dei procedimenti dal 22 febbraio al 15 maggio 2020.

In conseguenza della fondatezza del primo motivo, risulta superato - e quindi può essere assorbito - il secondo motivo di ricorso; per potere scrutinare il terzo motivo di ricorso - in conseguenza della non concorde ricostruzione dei fatti che rilevano in ordine alla censura proposta - sarebbe necessario svolgere specifica attività istruttoria, che, per ragioni di economia processuale, il Collegio non ritiene opportuno disporre, in conseguenza dell'esito della controversia conseguente all'accoglimento del primo motivo.

A seguito dell'illegittimità degli atti adottati dall'Azienda, che ha sostanzialmente

portato avanti la gara per cui è causa prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, risulta irrimediabilmente compromessa l'intera procedura concorsuale che l'amministrazione, per rimediare agli errori commessi, dovrà riattivare, concedendo nuovo termine per la presentazione delle offerte.

In conclusione il ricorso deve essere accolto e per l'effetto annullato il verbale impugnato e, in termini generali, la determinazione di portare avanti il procedimento concorsuale per cui è causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il verbale impugnato.

Condanna l'Azienda intimata alle spese di lite in favore delle ricorrenti che liquida in €. 3.000,00, oltre IVA, c.p.a. e rifusione del contributo unificato, ove regolarmente corrisposto.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2020, svoltasi in modalità telematiche, da remoto, secondo quanto previsto dall'art. 84 del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, convertito in legge n. 27/2020, dell'art. 4 del D.L. 30 aprile 2020 n. 28, e dalle successive disposizioni di attuazione, con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Francesco Mulieri, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Nicola Maisano

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola

IL SEGRETARIO