

**APPALTI: Contratti della P.A. - Bando e lettera di invito - Onere di immediata impugnazione - Sussiste - Clausole che impediscono la partecipazione alla gara - Oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati - Clausole concernenti i criteri di valutazione e attribuzione punteggi - Impugnazione insieme agli atti applicativi.**

**Tar Sicilia - Palermo, Sez. II, 9 giugno 2021, n. 1839**

*“[...] soggiacciono all’onere dell’immediata impugnazione le sole clausole che impediscono la partecipazione alla gara o impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura ovvero che rendono impossibile la stessa formulazione dell’offerta, impedendo il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara.*

*Invece per le altre previsioni - comprese quelle come quelle oggetto del presente giudizio - concernenti i criteri di valutazione e di attribuzione dei punteggi, l’interesse al ricorso nasce con gli atti applicativi, quali l’esclusione o l’aggiudicazione a terzi, in quanto effettivamente lesivi.*

*Devono, dunque, considerarsi escludenti le sole clausole che precludono la partecipazione alla gara perché prescrivono in modo univoco requisiti soggettivi, di ammissione o partecipazione alla gara, arbitrari e discriminatori; ovvero perché prevedono situazioni di fatto la cui carenza determina in via immediata e diretta l’esclusione dalla gara ovvero che danno luogo ad un’abnorme restrizione dell’accesso alla selezione, precludendo all’operatore di formulare adeguate offerte di gara in chiave competitiva (ipotesi in cui non è ragionevole pretendere che il concorrente presenti l’offerta, destinata inesorabilmente all’esclusione, trattandosi di un onere formalistico ed inutile) [...]”.*

## FATTO e DIRITTO

1. - Con ricorso notificato il 9 marzo 2020 e depositato il successivo 12 marzo, la società ricorrente ha impugnato gli atti di gara in epigrafe indicati relativi alla procedura telematica per l’affidamento quinquennale della fornitura in service di sistemi diagnostici per laboratorio, reagenti, calibratori e controlli occorrenti ai laboratori di analisi patologica clinica, di anatomia patologica e dei centri trasfusionali dei presidi ospedalieri e territoriali dell’Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento (appalto da aggiudicarsi mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo).

Assume che:

- la stazione appaltante avrebbe reso impossibile la formulazione dell’offerta in quanto da un lato richiede la fornitura di strumenti e prodotti per l’esecuzione di test sia di chimica che di

immunochimica, ma indica tra i quantitativi e la tipologia solamente i test di quest'ultima tipologia, dall'altro, richiede test già oggetto di altri lotti della stessa procedura, con conseguente ed inutile aggravio della spesa pubblica senza la sussistenza di una disposizione tecnica che legittimi tale scelta;

- i criteri di attribuzione del punteggio sarebbero tali solo "formalmente" in quanto, per come formulati, sarebbero preclusivi di una sua effettiva partecipazione: attraverso il meccanismo di attribuzione del punteggio, di tipo on/off, in contraddizione con la regola di assegnazione discrezionale del punteggio fissata nel Disciplinare, essi premierebbero determinati e specifici "requisiti" della fornitura (e, in particolare del sistema analitico, cioè il "macchinario" da offrire in noleggio) in misura tale da consentire, con ragionevole certezza, una previsione sugli esiti non favorevoli della Gara.

2. - Per resistere al ricorso e sostenere la legittimità della *lex specialis*, si è costituita l'ASP di Trapani che, con memoria, ha eccepito la inammissibilità e la improcedibilità del ricorso nonché la sua infondatezza.

3. - Con ordinanza del 28/04/2020 n. 580 (confermata dall'ordinanza del C.G.A. del 22/06/2020 n. 491) la domanda cautelare di parte ricorrente è stata respinta.

4. - Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1 c.p.a. in vista dell'udienza fissata per la discussione del ricorso, all'esito della quale la causa è stata posta in decisione.

5. - Ciò premesso, il ricorso è in parte improcedibile ed in parte inammissibile.

È improcedibile in relazione alla censura riguardante la mancata indicazione nel capitolato tecnico del numero dei test da fornire con riguardo alla branca di chimica clinica atteso che:

- la resistente Azienda ospedaliera, in data 18 marzo 2020 (dunque in un momento in cui è certamente possibile la presentazione delle offerte legate alla partecipazione alla procedura di gara, essendo stato, il termine ultimo, posticipato al 30.6.2020) in risposta alle F.A.Q. proposte dagli operatori economici, ha chiarito quale fosse il numero dei profili dei test di chimica clinica richiesti;

- dopo la presentazione del ricorso, la Abbott ha regolarmente presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara per il lotto n. 53 e, in relazione a tale lotto, anche altre imprese hanno manifestato interesse (tra queste Roche e AstraFormedec) formulando specifiche F.A.Q., alle quali l'ASP ha prontamente risposto.

Pertanto, a seguito della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara e non avendo la ricorrente impugnato né i suddetti chiarimenti né l'aggiudicazione definitiva, viene meno l'interesse della stessa a far valere la censura in esame non potendo trarre alcun concreto vantaggio dal suo annullamento.

È inammissibile in relazione alle restanti censure relative ai criteri di attribuzione del punteggio che secondo la ricorrente sarebbero preclusivi di una sua effettiva partecipazione.

Secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602), che il Collegio condivide, soggiacciono all'onere dell'immediata impugnazione le sole clausole che impediscono la partecipazione alla gara o impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura ovvero che rendono impossibile la stessa formulazione dell'offerta, impedendo il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara.

Invece per le altre previsioni - comprese quelle come quelle oggetto del presente giudizio - concernenti i criteri di valutazione e di attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti applicativi, quali l'esclusione o l'aggiudicazione a terzi, in quanto effettivamente lesivi.

Devono, dunque, considerarsi escludenti le sole clausole che precludono la partecipazione alla gara perché prescrivono in modo univoco requisiti soggettivi, di ammissione o partecipazione alla gara, arbitrari e discriminatori; ovvero perché prevedono situazioni di fatto la cui carenza determina in via immediata e diretta l'esclusione dalla gara ovvero che danno luogo ad un'abnorme restrizione dell'accesso alla selezione, precludendo all'operatore di formulare adeguate offerte di gara in chiave competitiva (ipotesi in cui non è ragionevole pretendere che il concorrente presenti l'offerta, destinata inesorabilmente all'esclusione, trattandosi di un onere formalistico ed inutile).

Alla luce di tali considerazioni le censure svolte dalla ricorrente risultano inammissibili. Non vi è infatti ragione per ritenere che la stessa avrebbe potuto, come poi ha fatto in corso di causa, presentare la propria offerta con la conseguenza che la lesività concreta ed attuale - idonea a far sorgere l'interesse a ricorrere - può eventualmente emergere solo con il provvedimento di aggiudicazione.

6. - In conclusione il ricorso deve essere dichiarato in parte improcedibile ed in parte inammissibile.

7. - Tenuto conto della peculiarità della controversia, ritiene il Collegio che le spese di giudizio debbano essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte improcedibile ed in parte inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2021 tenutasi tramite collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020 conv. in l. n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Maisano, Presidente

Francesco Mulieri, Primo Referendario, Estensore

Raffaella Sara Russo, Referendario