

## **TI\_GERICHTE 52.2012.489 vom 1. März 2013**

TI Tribunale d'appello, 2013-03-01, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_52.2012.489](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2012.489)

FR: TI\_GERICHTE 52.2012.489 du 1 mars 2013

IT: TI\_GERICHTE 52.2012.489 del 1 marzo 2013

### **Regeste**

Annullamento del concorso per la fornitura di medicinali. Cambiamento di giurisprudenza: (1) Importanti motivi ex art. 34 LCPubb; (2) Offerta sottoscritta dal farmacista gerente e non dall'amministratore unico della SA: la stazione appaltante deve fissare all'offerente un termine per sanare il difetto

### **Erwägungen**

#### **E. 37**

lett. d LCPubb) potrà esserle invece riconosciuta solo in caso di accoglimento del ricorso rivolto contro la decisione di esclusione (STA 52.2009.403/404 del 23 novembre 2009). Il gravame, tempestivo (art. 36 cpv. 1 LCPubb), è dunque ricevibile in ordine, con riserva di quanto si è detto sopra in tema di legittimazione attiva nell'ambito dell'impugnazione dell'interruzione della procedura. 1.2. Il ricorso può essere evaso sulla base delle tavole processuali, senza procedere ad atti istruttori (art. 18 cpv. 1 LPamm). Il carteggio completo concernente il concorso prodotto dalla committente e l'ulteriore documentazione esibita dalle parti con le memorie scritte bastano per statuire sull'impugnativa con sufficiente cognizione di causa. 2. La materia del contendere ruota esclusivamente attorno alla questione di sapere se la commissione amministrativa della CO 1 poteva annullare il concorso per aver impostato il capitolato sulla scorta dei soli prezzi unitari dei farmaci richiesti, scelta che a posteriori si è rivelata errata nella misura in cui non ha permesso alla committenza di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa per rapporto al presumibile quantitativo di medicinali di cui l'istituto abbisognerà nel periodo interessato dalla commessa. Altre ipotesi giustificanti l'annullamento della procedura non sono oggettivamente date, come ammesso pendente causa dalla committente stessa. In particolare, non tutte le offerte inoltrate erano da scartare, atteso che l'esclusione di quella presentata dall'insorgente per le ragioni indicate nella risoluzione del 26 novembre 2012 si avvera con certezza priva di qualsiasi fondamento. Nulla impediva infatti alla RI 1 di allegare alla sua offerta il modulo 1 (elenco prezzi) nel formato xlsx ricevuto dall'ente banditore per posta elettronica. Quanto al mansionario del farmacista, tale documento non era integrato nel capitolato d'appalto e le prescrizioni di gara non imponevano ai concorrenti di annetterlo all'offerta debitamente firmato (cfr., e contrario, STA 51.2011.589 del 6 febbraio 2012 e relativa STF 2C\_241/2012 del 28 giugno 2012). Nessun motivo di estromissione è infine ravvisabile nel prezzo, esagerato ma non per questo inattendibile, che la ricorrente ha esposto alla posizione 53 dell'elenco medicinali. Neppure il fatto che l'offerta della ricorrente sia stata sottoscritta dal suo farmacista gerente e non dall'amministratrice unica della SA, la sola persona iscritta a RC con diritto di firma, permette di ritenere che siano dati gli estremi per estrometterla dalla gara. Giurisprudenza federale posteriore a quella ticinese citata dall'ULSA reputa infatti che in casi simili la

stazione appaltante debba fissare all'offerente un termine adeguato per sanare il difetto producendo una procura a favore della persona che ha firmato l'offerta; un'esclusione diretta della medesima costituirebbe un eccesso di formalismo inammissibile (cfr. BRK 2005-017 del 23 dicembre 2005, con note di assenso di Hubert Stöckli e Denis Esseiva in BR 2006, S117, pag. 189 segg.). Queste prime considerazioni volte ad accertare l'infondatezza dell'estromissione dalla procedura disposta nei confronti dell'in-sorgente e a definire nel contempo i limiti del contenzioso permettono peraltro di affermare che la RI 1 è sicuramente legittimata a contestare l'annullamento del concorso. 3. 3.1. Giusta l'art. 34 LCPubb, in presenza di importanti motivi, il committente non è tenuto ad aggiudicare la commessa sulla base delle offerte ricevute (cpv. 1). Esso può indire una nuova gara, rinunciare totalmente o parzialmente alle prestazioni, escluso ogni obbligo di risarcimento (cpv. 2). La norma - mutuata dalla vecchia legge appalti del 1978 (vedi in tal senso il messaggio governativo n. 4806 del 28 ottobre 1998 concernente l'adozione della legge sulle commesse pubbliche, commento all'art. 31 del progetto) - limita il potere d'apprezzamento riservato all'ente banditore in ordine alla libertà di prescindere da un'aggiudicazione sulla base delle offerte inoltrate, permettendogli di rinunciarvi soltanto nel caso in cui sussistano motivi sufficientemente importanti da svincolarlo dagli obblighi derivanti dal principio della buona fede, che l'apertura di un pubblico concorso pone a suo carico nell'ambito dei rapporti precontrattuali (STA 52.2009.13 del 16 marzo 2009 consid. 2.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, vol. I, Zurigo 2007, n. 489 segg.; Martin Beyeler, *Ueberlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, in: *AJP/PJA* 7/2005 pag. 784 segg.; BR 2003, S20, pag. 66 segg.). 3.2. Di principio, sono considerati importanti tutti i motivi per i quali, in funzione della loro oggettiva gravità, non si possa ragionevolmente esigere che il committente proceda all'aggiudicazione. In quest'ordine di idee, l'art. 55 del regolamento di applicazione della legge sulle commesse pubbliche e del concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 12 settembre 2006 (RLCPubb/CIAP; RL 7.1.4.1.6) permette al committente di indire una nuova procedura di aggiudicazione o di rinunciare totalmente o parzialmente alla commessa, escluso ogni obbligo di risarcimento in particolare quando, alternativamente: (a) nessuna delle offerte presentate risponde ai criteri e alle esigenze tecniche fissate nei documenti di gara, (b) si può contare su offerte più convenienti a seguito del mutamento delle condizioni tecniche-quadro o viene a mancare il principio della concorrenza, (c) il progetto viene modificato in modo sostanziale, (d) le offerte valide presentate superano manifestamente il limite dei crediti allocati. Suscettibili di giustificare una rinuncia all'aggiudicazione sono in definitiva tutte quelle circostanze che, valutate dal profilo degli scopi perseguiti dalla LCPubb, permettono di considerare un'interruzione della procedura compatibile con gli obblighi che l'apertura del concorso ingenera in capo al committente (RDAT II-2001 n. 41 pag. 169 segg.). La giurisprudenza federale, dal canto suo, ritiene che il committente possa interrompere la procedura di aggiudicazione se il provvedimento è giustificato da motivi oggettivi e non mira a discriminare deliberatamente taluni concorrenti; la loro prevedibilità non è di alcun rilievo (DTF 134 II 193 consid. 2.3). Più concretamente, tra i motivi che possono entrare in linea di conto ai fini di una legittima rinuncia all'aggiudicazione vi sono i vizi essenziali di procedura, rispettivamente di impostazione della gara (TC FR 602 2008-123/125 du 14 janvier 2009 in BR 2009, S36, pag. 89; Stefan Suter, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, Basel 2010, n. 182 segg.). In questo contesto, è considerato essenziale l'errore concernente un aspetto della gara che se fosse stato rilevato e valutato correttamente prima della sua instaurazione avrebbe indotto la

stazione appaltante a predisporre il concorso in modo del tutto diverso (cfr. Beyeler, op. cit., n. 26 pag. 788). 4. In concreto, nella decisione impugnata la committente ha spiegato di voler annullare la gara a cagione di un difetto capitale che vizierebbe il concorso, giacché impostato esclusivamente sui prezzi unitari facendo astrazione dai quantitativi, per cui l'offerta più bassa (RI 1), rapportata ai quantitativi medi di medicinali acquistati nel primo semestre di quest'anno, dati peraltro resi noti al titolare della citata Farmacia senza darne comunicazione anche agli altri concorrenti, risulta di gran lunga la più onerosa ( $\Delta + >$  ca. 20%). Il motivo addotto rientra senz'altro nel novero di quelli importanti ex art. 34 cpv. 1 LCPubb, suscettibili di giustificare l'annullamento della procedura concorsuale. Non v'è chi non veda infatti come la mancata indicazione dei quantitativi nell'elenco prezzi (modulo 1 del capitolato) osti ad un apprezzamento oggettivo dell'aspetto economico delle offerte ricevute. L'addizione dei soli prezzi unitari dei 283 farmaci necessari alla casa di riposo non permette invero alla stazione appaltante alcuna valutazione circa l'effettiva incidenza finanziaria delle offerte presentate. Prova ne è il fatto che la somma dei singoli prezzi esposti da ogni concorrente moltiplicati per il consumo del relativo farmaco avuto nel 2012 porta ad un risultato complessivo del tutto differente da quello, irrealistico e fuorviante, riportato in calce al modulo 1 allegato alle offerte inoltrate. La mancata, preventiva definizione del quantitativo di medicinali di cui l'istituto abbisognerà nel periodo interessato dalla commessa costituisce senz'ombra di dubbio un difetto essenziale d'impostazione del capitolato, che pregiudica irrimediabilmente qualsiasi possibilità di pervenire ad un'aggiudicazione conforme all'obiettivo di promuovere un'efficace concorrenza e l'impiego parsimonioso delle risorse finanziarie pubbliche diviso dalla LCPubb (art. 1 lett. b e d). La lacuna è ancor più seria se si considera che il capitolato, così come attualmente strutturato, non solo impedisce alla committente di individuare l'offerta più vantaggiosa dal profilo economico, ma favorisce addirittura la farmacia più cara a scapito delle altre concorrenti. Se l'ente banditore si fosse avveduto dell'errore prima dell'instaurazione della gara, avrebbe sicuramente predisposto il concorso in maniera diversa, associando ad ogni farmaco il quantitativo occorrente ai suoi bisogni dedotto dai consumi effettivi degli ultimi anni. Il fatto che il capitolato non sia stato impugnato non permette di giungere a diversa conclusione. Nel caso di specie, la mancata predeterminazione dei quantitativi di farmaci occorrenti alla CO 1 è troppo importante e gravida di conseguenze per non comportare l'annullamento del concorso, impostato in modo gravemente lesivo dei principi cardine che governano l'aggiudicazione delle commesse pubbliche. I motivi invocati dalla committente per rinunciare alla delibera non sono per nulla discriminatori e possono essere assolutamente considerati sufficienti per svincolarla dagli obblighi derivanti dal principio della buona fede, che con l'apertura di un pubblico concorso si è assunta nell'ambito dei rapporti precontrattuali. 5. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va dunque respinto. 6. La tassa di giustizia (art. 28 LPamm) e le ripetibili (art. 31 LPamm) sono poste a carico della ricorrente secondo soccombenza. Per questi motivi, dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è respinto. 2. La tassa di giustizia di fr. 1'500.- è posta a carico della ricorrente, con l'ulteriore obbligo di versare alla committente identico importo a titolo di ripetibili. 3. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005; LTF; RS 173.110) nei limiti ed alle condizioni enunciate all'art. 83 lett. f LTF. 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo II  
presidente  
La segretaria

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.