

## **Legittimazione al ricorso in caso di mancata presentazione di domanda di partecipazione alla gara nelle ipotesi di base d'asta irrisoria o simbolica**

*di Michela Pignatelli*

*Data di pubblicazione: 2-8-2018*

Il Collegio ha ritenuto che il prezzo a base d'asta simbolico o irrisorio, sia idoneo a legittimare al ricorso l'operatore economico che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara, tenuto conto che *“il potere discrezionale della P.A. di definire l'importo a base d'asta non è dunque libero od assoluto, ma è sindacabile attraverso il parametro della logicità e ragionevolezza dell'azione amministrativa nella misura in cui non viene contestualizzato o filtrato attraverso una corretta analisi di mercato ed una attenta valutazione dei prezzi. La determinazione del prezzo d'asta può essere “criticata” ed il prezzo di gara dev'essere necessariamente collegato a quello di mercato quando determini un'effettiva alterazione della concorrenza o, come è accaduto nella vicenda de qua, quando ingeneri una falsa rappresentazione della concorrenza, producendo effetti deleteri per il mercato, ancor più pericolosi in quanto destinati a durare nel tempo”.*

### **Guida alla lettura**

Con la sentenza in rassegna il Tribunale Amministrativo Regionale di Reggio Calabria è tornato ad affrontare la questione relativa ai casi in cui l'operatore economico è legittimato ad impugnare il bando di gara, senza aver presentato la domanda di partecipazione ed a prescindere dall'impugnazione dell'esito della medesima.

In altri termini, la questione affrontata dal Tribunale Amministrativo di Reggio Calabria riguarda l'individuazione delle ipotesi di eccezione alla regola generale, in ambito di gare e concorsi, in base alla quale soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, essendo soltanto a quest'ultimo riconoscibile una posizione differenziata rispetto alla moltitudine degli operatori economici potenzialmente interessati all'affidamento della commessa, posto che solo l'esito della gara rende attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

La regola sopra indicata discende dalla natura strumentale e preparatoria del bando di gara, natura che implica che le disposizioni in esso contenute non presentino normalmente

un'immediata incisività sulle posizioni giuridiche soggettive, destinate a risultare se del caso lese solo a seguito dell'atto applicativo a valle. E' questo che consente di identificare in concreto il soggetto leso, rendendo attuale e concreta la lesione della posizione giuridica soggettiva dell'interessato.

Il principio in parola deriva dalla natura del bando, quale atto amministrativo generale, le cui disposizioni incidono sulla sfera giuridica soggettiva dei privati solo in quanto seguite dai relativi atti applicativi: la clausola incide, in modo concreto e attuale, sulla posizione giuridica soggettiva del privato partecipante alla gara solo a partire dal momento della sua concreta applicazione con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Prima di tale momento, la lesione della posizione soggettiva del privato ha carattere solo potenziale: il partecipante non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla gara e, quindi, in una lesione effettiva della sua posizione giuridica soggettiva.

Quanto osservato ha indotto la giurisprudenza a concludere per la non impugnabilità immediata delle clausole del bando, contestabili, in uno all'atto applicativo.

La regola dell'impugnazione differita soffre, nelle applicazioni giurisprudenziali, un'eccezione, allorchè vengano in considerazione clausole del bando immediatamente idonee a sortire effetti lesivi: per queste vale la diversa regola che impone l'impugnazione immediata, pena l'inammissibilità del ricorso proposto avverso l'atto applicativo, alla cui adozione l'amministrazione è tenuta.

Sul punto, giova considerare, prima di analizzare il caso di cui alla sentenza in rassegna, che l'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 9 del 2014 dell'Adunanza Plenaria, la giurisprudenza amministrativa aveva convenuto di poter enucleare alcune eccezioni alla regola generale individuando le ipotesi in cui il bando di gara (o di concorso) deve essere immediatamente impugnato.

Più precisamente, la giurisprudenza menzionata ha stabilito che, ai fini della tutela della concorrenza, la regola dell'impugnazione differita possa essere derogata in tre tassative ipotesi, ovvero quando: a) di contesti in radice l'indizione della gara; b) si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Ai fini in discorso, è utile, per completare il quadro giurisprudenziale, richiamare, relativamente alle clausole immediatamente escludenti, la giurisprudenza amministrativa da ultimo consolidatasi con l'Adunanza Plenaria n 4/ 2018, la quale ha annoverato: a) le ipotesi di regole che rendano la partecipazione in congruamente pericolosa o addirittura impossibile; b) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; c) che prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.

Ciò chiarito, in termini generali, occorre analizzare la sentenza del Tar Reggio Calabria relativa ad un importo a base d'asta simbolico, e che per tale caratteristica, a giudizio del Collegio, esime l'operatore economico dalla presentazione della domanda di partecipazione.

La questione sottoposta all'attenzione dei Giudici calabresi, aveva ad oggetto il ricorso promosso dalla Mellin s.p.a., astenutasi dalla presentazione dell'offerta, avverso il bando di gara per la fornitura triennale di latte, gara che si sarebbe dovuta svolgere secondo il criterio del prezzo più basso.

Ad avviso della ricorrente, infatti, la base d'asta sarebbe risultata abnorme e distorsiva della competizione concorrenziale, in quanto il prezzo su cui effettuare gli eventuali ribassi sarebbe stato meramente simbolico e fuori mercato.

Il Collegio, dopo aver tracciato *l'actio finium regundorum* relativa alla legittimazione a ricorrere per gli operatori economici che non presentino la domanda di partecipazione, aderendo alle statuizioni dell'Adunanza Plenaria, ha ritenuto di poter includere il caso in oggetto tra le eccezioni alle regola generale sopra richiamata, ritenendo di poter inserire la clausola contenente una base d'asta simbolica tra le "clausole immediatamente escludenti".

In particolare, ad avviso dei Giudici di Reggio Calabria, *il prezzo posto dalla stazione appaltante a base d'asta, se e nella misura in cui venga dimostrata la sua eccentricità al ribasso rispetto ai prezzi di mercato e quindi la sua natura "simbolica", esoneri l'operatore economico di turno dal poter o dover proporre la domanda di partecipazione alla gara, presentando un'offerta economica destinata ad essere ineludibilmente esclusa perché caratterizzata da un prezzo superiore all'importo determinato dall'amministrazione".*

In altri termini, un prezzo meramente simbolico impedisce la partecipazione alla gara, poiché per poter partecipare bisognerebbe offrire il prodotto pressoché gratuitamente, con conseguente violazione del principio della concorrenza effettiva fissato dall'art. 95 comma 1 del codice degli appalti.

Il Collegio ha reputato applicabile all'ipotesi in commento l'art. 97 comma 5 del D.lgs 50/16, ritenendo tale norma non solo quale criterio guida per la verifica delle anomalie delle offerte, ma quale principio cardine del nuovo codice degli appalti, in virtù del quale le stazioni appaltanti devono garantire la qualità delle prestazioni anche nella fase di predisposizione dei parametri di gara, che se simbolici, non possono garantire la serietà dell'offerta.

*Di conseguenza, il potere discrezionale della P.A: di definire l'importo a base d'asta non è dunque libero od assoluto, ma è sindacabile attraverso il parametro della logicità e ragionevolezza dell'azione amministrativa nella misura in cui non viene contestualizzato o filtrato attraverso una attenta analisi di mercato ed una attenta valutazione dei prezzi. La determinazione del prezzo d'asta può essere criticata ed il prezzo di gara dev'essere necessariamente collegato a quello di mercato quando determini un'effettiva alterazione della concorrenza o, come è accaduto nella vicenda de qua, quando ingeneri una falsa rappresentazione della concorrenza producendo effetti deleteri per il mercato, ancor più pericolosi in quanto destinati a durare nel tempo".*

Il logico corollario della predisposizione di una base d'asta parametrata simbolicamente e al di fuori del prezzo di mercato, è che la stessa risulta violativa della concorrenza, poiché la altera.

In una situazione del genere, la presentazione della domanda, ai fini della legittimazione a ricorrere risulterebbe ultronea, posto che l'operatore economico si troverebbe a presentare un'offerta non seria, volta esclusivamente ad ottenere la legittimazione processuale.

Conseguentemente, la base d'asta simbolica rappresenta una delle clausole manifestamente escludenti, che consente l'immediata proposizione del ricorso avverso il bando di gara, senza dover attendere l'esito della stessa e senza dover presentare la domanda di partecipazione.

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

### **Sezione Staccata di Reggio Calabria**

ha pronunciato la presente

#### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 199 del 2018, proposto da Mellin S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Mangialardi, Domenico Ielo, Fulvio Rocco Antonio Mancini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fulvio Mancini in Reggio Calabria, via Cavour, n. 1;

#### ***contro***

Gom Bianchi Melacrino Morelli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Basile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### ***nei confronti***

Consip S.p.A., Ministero dell'Economia e delle Finanze, Regione Calabria non costituiti in giudizio;

#### ***per l'annullamento***

della determinazione del Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi Melacrino Morelli" - U.O.C. Provveditorato Economato e Gestione Logistica ( d'ora in avanti l'"Ospedale"), pubblicata in data 13 aprile 2018 su sito telematico, recante le "Condizioni di fornitura" per "la

somministrazione, per anni tre, di latte adattato per la UOC di Neonatologia”, nelle parti in cui ha fissato l'importo a base di gara del “Lotto 1- N. 6.000 litri” in “€ 120,00 oltre oneri IVA” e ha stabilito che l'aggiudicazione avverrà per l'intero lotto con il criterio del prezzo più basso; della richiesta di offerta (cui è allegata la determinazione) pubblicata dall'Ospedale sul portale MEPA in data 13 aprile 2018; degli atti presupposti connessi e conseguenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gom Bianchi Melacrino Morelli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2018 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 21 aprile 2018 la società Mellin spa ha impugnato l'atto meglio indicato in epigrafe riguardante la procedura negoziata indetta dall'Ospedale per la fornitura in somministrazione per anni tre di latte adattato per la UOC di Neonatologia da affidare con il criterio del prezzo più basso.

In particolare, vengono censurate le condizioni di fornitura nella parte in cui per il lotto 1 prevedono a base d'asta il prezzo complessivo di € 120,00 oltre IVA per l'approvvigionamento di durata triennale di n.6.000 litri di latte destinato alla primissima infanzia.

E' stata contestualmente impugnata la richiesta di offerta pubblicata sul sito del MEPA in data 13 aprile 2018 che fissa le modalità e il termine di presentazione delle offerte al 27 aprile 2018.

2. Il ricorso è articolato in quattro motivi.

Con il primo motivo è stata denunciata la violazione degli artt.3 lett. ii), 4, 95, 97 del D.Lgvo 50/2016; 3 e 97 della Costituzione, artt.3 e 6 L.241/90, nonché il vizio di eccesso di potere per illogicità, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti. Ad avviso della ricorrente, la base d'asta sarebbe abnorme e distorsiva della competizione concorrenziale in quanto il prezzo su cui effettuare gli eventuali ribassi (€ 0,02 al litro) sarebbe meramente simbolico e fuori mercato al punto da trasformare l'appalto in oggetto in un contratto a titolo gratuito.

Con il secondo motivo la ricorrente ha lamentato la violazione degli artt.10 e 12 D.M.82/2009

Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (“Regolamento concernente l’attuazione della direttiva 2006/141/CE per la parte riguardante gli alimenti per lattanti e gli alimenti di proseguimento destinati alla Comunità europea e all’esportazione presso Paesi terzi”). Ciò in ragione del fatto che la citata normativa di settore vieterebbe la vendita del latte per lattanti ad un prezzo basso o, come avvenuto, praticamente a titolo gratuito anche attraverso l’Istituto Ospedaliero.

Con il terzo e quarto motivo viene lamentata l’illegittimità delle condizioni di fornitura per violazione – sotto distinti profili - dell’art.26 comma 8 del D.Lgvo 81/2008 perché la base d’asta, così come formulata, non consentirebbe al potenziale concorrente di elaborare un’offerta tale da coprire i costi per la sicurezza e i costi del lavoro.

3.Rigettata la richiesta cautelare monocratica di misure urgenti per assenza delle condizioni previste dall’art.56 c.p.a., all’esito dell’udienza in camera di consiglio del 9 maggio 2018 il Collegio sospendeva l’efficacia dei provvedimenti impugnati ed ordinava incumbenti istruttori a carico della stazione appaltante.

4. Con memoria depositata in data 31 maggio 2018 si costituiva in giudizio l’Amministrazione intimata producendo gli atti amministrativi con cui per l’anno 2015 e 2016 la stessa aveva aggiudicato la fornitura di latte per l’infanzia ad un prezzo praticamente equivalente a quello contestato nel presente giudizio (€ 40,00 su base annuale), mentre non depositava la determinazione pubblicata in data 13 aprile 2018 su sito telematico con cui venivano fissate le “Condizioni di fornitura” per “la somministrazione, per anni tre, di latte adattato per la UOC di Neonatologia” come richiesto dall’ordinanza cautelare n. 71/18 di questo Collegio al fine di completare il quadro istruttorio. L’Ospedale dava comunque conto che l’appalto non era stato ancora aggiudicato, dovendosi ancora aprire le buste contenenti le offerte delle ditte partecipanti.

5.In vista dell’udienza di merito, le parti scambiavano memorie difensive e di replica.

6.All’udienza pubblica del 20 giugno 2018 il ricorso veniva discusso ed introitato per la decisione.

7.Il ricorso è fondato e va accolto.

8.L’esame della prima censura, incentrata sull’eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza della clausola del bando che ha estromesso la Mellin spa dalla partecipazione alla gara a causa della sostanziale antieconomicità della richiesta d’offerta, impone la preventiva verifica della legittimazione a ricorrere in capo all’operatore economico che, come la società in parola, non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara.

8.1.A tal proposito, il Collegio reputa che, alla stregua dell’attuale orientamento espresso dalla giurisprudenza sul tema, avallato di recente dalla sentenza n.4/18 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sussista in capo alla società ricorrente quella posizione soggettiva qualificata e differenziata che la legittima alla proposizione del ricorso.

Vero è che la regola generale rimane quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima (cfr.sent.A.P.n.4/11),essendo soltanto a quest'ultimo riconoscibile una posizione differenziata rispetto alla moltitudine degli operatori economici potenzialmente interessati all'affidamento della commessa.

Vero anche che i bandi di gara e di concorso, al pari delle lettere di invito, vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Purtuttavia, già con sentenza dell'Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014 n.9, la giurisprudenza amministrativa aveva convenuto di poter enucleare alcune eccezioni a queste due regole generali, individuando taluni casi in cui il bando di gara deve essere immediatamente impugnato, nonché ulteriori e peculiari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione.

8.2.In particolare, il tema della legittimazione al ricorso (o del titolo all'impugnazione) è stato declinato nel senso che tale legittimazione *“deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione”* e che *“chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione – per lui res inter alios acta – venga nuovamente bandita”*(A.P. 9/14 cit.).

E' stato però sottolineato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando: i) si contesti in radice l'indizione della gara; ii) all'opposto, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; iii) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Per quanto qui rileva, nella categoria delle *“clausole immediatamente escludenti”* la giurisprudenza, da ultimo consolidatasi con la sentenza dell'Adunanza Plenaria 26 aprile 2018 n.4 (§ 16.5), ha annoverato: a) le ipotesi di regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, A.P., n. 3 del 2001; ovvero b) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero c) che prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); ovvero ancora d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; Cons.Stato sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293).

Le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282)

e postulano la preventiva partecipazione alla gara (v. § 16.5.1.).

8.3. In buona sostanza, il massimo organo della giustizia amministrativa, dopo aver esplorato una traiettoria esegetica non priva di oscillazioni, è riapprodato al principio fondamentale enunciato dall'Adunanza Plenaria n.4/11, secondo cui è legittimato ad impugnare gli atti della procedura di una gara solo chi vi ha partecipato, salvo, giustappunto, le predette eccezioni che elevano ad interesse meritevole di tutela la situazione soggettiva dell'operatore economico che, essendosi astenuto dal presentare l'offerta, sarebbe altrimenti portatore di un interesse di mero fatto a che la competizione venga nuovamente bandita (cfr. Cons. Stato, Sez. III, Sent. n.5113/2016).

9. Tornando alla vicenda contenziosa in essere, il Collegio non reputa inutile richiamare la distinzione - valorizzata anche dalla giurisprudenza meno recente (Cass. Civ. Sez. II 28 agosto 1993 n.9144) - tra vendita a prezzo vile e vendita a prezzo irrisorio o simbolico. L'esistenza di un divario, anche considerevole, tra il valore di mercato del bene venduto e il prezzo pattuito non è di per sé incompatibile con la causa del contratto di compravendita. La giurisprudenza di legittimità ha infatti avuto modo di precisare che nell'ipotesi in cui risulta concordato un prezzo obiettivamente non serio o perché privo di valore reale e perciò meramente apparente o simbolico o perché programmaticamente destinato nella comune intenzione delle parti a non essere pagato il contratto è nullo per mancanza di un elemento essenziale; viceversa, nell'ipotesi in cui sia pattuito un prezzo di gran lunga inferiore all'effettivo valore di mercato del bene compravenduto o fornito, la conseguenza non sarà l'invalidità del contratto per difetto di causa ma una diversa qualificazione giuridica della fattispecie negoziale, che potrà essere ascritta a seconda dei casi a diverse categorie negoziali (es. donazioni indirette o negozi misti a donazione; cfr. Cass. Civ. Sez. I 04.11.2015 n.22567 citata dalla società ricorrente).

Sulla scorta di queste considerazioni, il Collegio ritiene che il prezzo posto dalla Stazione appaltante a base d'asta, se e nella misura in cui venga dimostrata la sua eccentricità al ribasso rispetto ai prezzi di mercato e quindi la sua natura "simbolica", esoneri l'operatore economico di turno dal poter o dover proporre la domanda di partecipazione alla gara, presentando un'offerta economica destinata ad essere ineludibilmente esclusa perché caratterizzata da un prezzo superiore all'importo determinato dall'Amministrazione.

10. L'avviso pubblicato dall' Ospedale viene impugnato perché impone condizioni negoziali tali da rendere il rapporto contrattuale economicamente non conveniente e "matematicamente" in perdita, come puntualmente dimostrato dalle argomentazioni difensive della Mellin spa.

La ricorrente lamenta infatti con il primo motivo di ricorso come il prezzo di € 120,00 posto dalla Stazione appaltante a base d'asta per la fornitura triennale di 6000 litri di latte (0,02 centesimi al litro) sia puramente simbolico, dato che il prezzo di mercato al dettaglio è mediamente di circa € 5 al litro (cfr.all.5 parte ricorrente) e cioè ben 250 volte superiore a quello "proposto" dall'Amministrazione resistente, con la conseguenza che il prezzo posto a base d'asta rende impossibile la partecipazione alla gara della ricorrente dal momento che quest'ultima dovrebbe offrire il proprio prodotto sotto costo, per non dire gratuitamente.

La censura va condivisa.

Confermando il giudizio espresso in sede cautelare, il Collegio ritiene che la convincente ricostruzione dei costi illustrata dalla società ricorrente evidenzia che, nel caso concreto, l'ostacolo alla partecipazione alla gara abbia natura obiettiva e non meramente soggettiva (o di mera opportunità).

Che il prezzo posto a base di gara sia oggettivamente fuori mercato lo dimostra, in prima battuta, il fatto stesso che l'Ospedale resistente non si sia peritato di provare il contrario.

Tale prezzo, a differenza di altri casi di cui si è occupata la recente giurisprudenza (cfr. TAR Veneto sent.n.212/17), è infatti macroscopicamente incongruo ed irragionevole, dato che, come efficacemente dimostrato a pag.5 del ricorso *“il solo prezzo medio dei recipienti necessari a contenere 6000 litri di latte (2.400 euro) - è di 20 volte superiore alla base d'asta (120 euro-2.400/120=20)*, mentre come si è sopra precisato *“il prezzo al dettaglio del latte è mediamente di circa 5 euro al litro (tale dato si può agevolmente ricavare dalla lista di Altroconsumo –doc.5) e il prezzo a base d'asta è di 250 volte inferiore rispetto a quello di dettaglio”*(pag.6 ricorso).

Ne deriva che coglie nel segno la difesa della ricorrente laddove afferma che l'abnorme base d'asta fissata viola il principio della concorrenza effettiva fissato dall'art.95 comma 1 del codice degli appalti (*“i criteri di aggiudicazione garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva”*), nella misura in cui incoraggia il singolo partecipante a formulare non l'offerta migliore ma quella meno seria.

11. Va aggiunto che il dato numerico caratterizzante la richiesta di fornitura (6000 litri di latte per tre anni per un corrispettivo di €120) è pacifico, tanto è vero che l'Ospedale resistente si è difeso contrapponendo non tanto l'erroneità del calcolo matematico effettuato dalla ricorrente per dimostrare l'incongruità del prezzo per un litro di latte, quanto una prassi fino a quel momento invalsa e ritenuta per ciò solo trasparente e concorrenziale (cfr. docc.4-5 di parte ricorrente).

In altri termini, ad avviso dell'Ospedale, il prezzo a base d'asta sarebbe congruo e conseguentemente remunerativo perché in passato *“si è fatto sempre così”* e gli stessi quantitativi di latte sono stati aggiudicati ed eseguiti ad €40 all'anno senza contestazioni da parte di alcuno.

E' del tutto evidente che simile ragionamento debba essere necessariamente rimeditato.

Nei limiti consentiti dall'economia processuale del presente giudizio, il Collegio osserva che l'appalto per la fornitura del latte sostitutivo di quello materno presenta profili problematici di una certa peculiarità che, data la natura sensibile dell'oggetto della fornitura stessa, impattano sulla corretta applicazione del principio generale della concorrenza (art.30 D.Lgvo 50/16). Le esigenze sottese a questo tipo di affidamento sono quelle di non individuare un unico fornitore, di avere un prezzo non simbolico, di non favorire una marca rispetto ad un'altra e di garantire la libera concorrenza e la parità di trattamento, garantendo l'effettiva contendibilità degli

affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati.

Allo scopo di soddisfare tali esigenze, rispondenti a fondamentali principi di derivazione eurounitaria, le stazioni appaltanti sono chiamate a porre in essere tutti gli accorgimenti tecnici utili a mantenere il mercato nell'assetto più concorrenziale possibile, ricorrendo ad esempio alla rotazione tra i fornitori, indicando un range di prezzo (minimo-massimo) con scarto limitato, riuscendo ad ottenere dall'industria confezioni ospedaliere diverse da quelle previste per la grande distribuzione ed assicurando la qualità del prodotto attraverso un'offerta che tenga conto del divieto stabilito dall'art.12 D.M. 82/2009 che inibisce la distribuzione a qualsiasi titolo di quantità gratuite o a basso prezzo di alimenti per neonati.

Ciò si traduce nell'impegno da parte delle stazioni appaltanti di verificare attentamente la congruità economica della richiesta di approvvigionamento del prodotto da rivolgere al mercato che non deve naturalmente provocare la presentazione di offerte anomale a causa di prezzi posti a base di gara già di per sé anomali. L'obiettivo finale deve, infatti, essere quello di apprezzare offerte serie ed attendibili, in quanto tendenzialmente coincidenti con il prezzo indicato, stringendo le maglie ad eccessivi e susseguenti ribassi.

12. I dati raccolti a cura di parte ricorrente presso diverse fonti ufficiali, in sintonia coi principi appena indicati, conducono ad una elaborazione di prezzi superiori a quello unitario scelto dall'Ospedale a base di gara (€ 0,02 per un litro di latte) e costituiscono un serio indizio della sua irragionevolezza, che avrebbe dovuto essere smentito dalla dimostrazione di una approfondita e adeguata istruttoria da parte della stazione appaltante, il che stando agli atti di causa, non è avvenuto.

L'ordine di produzione della determinazione pubblicata il 13 aprile 2018, con la quale erano state approvate le condizioni per la fornitura, che pur avrebbe consentito all'Ospedale resistente di argomentare la congruità della motivazione circa i criteri di determinazione del prezzo a base d'asta mediante il rinvio *per relationem* a quel documento è rimasto ineseguito.

L'aver disatteso l'incombente istruttorio, oltre a costituire argomento di prova ex art.64 c.p.a. a carico di parte resistente, avvalorava la circostanza che la decisione di indire la gara non è stata preceduta da alcuna istruttoria sulla congruità del corrispettivo che non fosse quella di un rapido quanto superficiale raffronto con il corrispettivo sulla base del quale si era aggiudicata la gara precedente. Costituisce anzi un rilievo ampiamente sintomatico il fatto che la base d'asta sia identica a quella di cui alle gara svoltasi nell'anno 2015 e 2016, nonostante il fisiologico aumento dei prezzi di cui non si è dato conto nemmeno sotto l'aspetto statistico.

13. Nel vigente codice dei contratti pubblici non si rinviene una disposizione espressa che prescriva l'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di porre a base d'asta un prezzo necessariamente remunerativo o di inserire clausole (ovviamente non discriminatorie) che possano produrre un effetto di non remuneratività dell'opera prestata per il servizio, la fornitura o il lavoro eseguito.

Benché la previsione si riferisca alla diversa fase della verifica dell'anomalia dell'offerta e non al contenuto del bando o dell'avviso di gara l'art.97 comma 5 del D.Lgvo 50/16 è l'unica

previsione che possa fare da parametro di legittimità della base d'asta fissata dalla lex specialis, stabilendo che la stazione appaltante *“esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto... a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3;b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;*

*c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d)il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”.*

Essa infatti esprime il principio cardine nella disciplina del nuovo codice degli appalti per cui le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (art. 97 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (art. 30, co. 1 D.Lgvo 50/2016).

Il potere discrezionale della P.A. di definire l'importo a base d'asta non è dunque libero od assoluto, ma è sindacabile attraverso il parametro della logicità e ragionevolezza dell'azione amministrativa nella misura in cui non viene contestualizzato o filtrato attraverso una corretta analisi di mercato ed una attenta valutazione dei prezzi.

La determinazione del prezzo d'asta può essere “criticata” ed il prezzo di gara dev'essere necessariamente collegato a quello di mercato quando determini un'effettiva alterazione della concorrenza o, come è accaduto nella vicenda de qua, quando ingeneri una falsa rappresentazione della concorrenza producendo effetti deleteri per il mercato, ancor più pericolosi in quanto destinati a durare nel tempo (cd. effetto “àncora” –cfr.pag.6 memoria Mellin spa del 4 giugno 2018).

Sulla necessità di determinare la base d'asta facendo riferimento a criteri verificabili, anche in relazione alle componenti degli oneri della sicurezza e del costo del lavoro, il Collegio ritiene utile richiamare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081, per cui la base d'asta stessa *“seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168)”.*

Nel caso deciso, il Giudice del grado di appello aveva stabilito che è possibile contestare da parte di qualunque operatore economico l'importo a base d'asta troppo alto. E' del tutto evidente, se non altro per simmetria argomentativa, che la conclusione non cambi se ad essere contestato, come nell'ipotesi in esame, sia il prezzo troppo basso.

14. Un'ultima riflessione merita la questione relativa al diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento dell'appalto “a titolo gratuito” che il Collegio non intende rinnegare a priori, se non altro per alcune categorie di affidamenti quali gli appalti pubblici di servizi (cfr. sent. Cons. Stato sez.V n.4614/17) o di lavori (art.20 D.Lgvo n.50/16), laddove alla previsione di un prezzo “simbolico” o addirittura “nullo” può effettivamente corrispondere un'utilità economica in

senso lato (ad esempio il ritorno di immagine) diversa da quella meramente finanziaria.

Per quanto riguarda l'appalto di forniture, qualsiasi ne sia l'oggetto, si osserva peraltro che l'eventuale gratuità della causa può essere ugualmente dedotta e valorizzata dalle Amministrazioni aggiudicatrici solo qualora venga ricondotta ai "tipi" contrattuali espressamente previsti dall'ordinamento (es. contratto di sponsorizzazione ex art.19 D.lgvo 50/16) e ciò proprio al fine di scongiurare scelte non del tutto trasparenti che finiscano per tramutare affidamenti formalmente onerosi in affidamenti sostanzialmente gratuiti e quindi *sine causa*.

15.L'accoglimento del primo motivo di ricorso consente di ritenere assorbiti tutti gli altri con la precisazione che le deduzioni difensive di parte ricorrente sono condivisibili anche nella parte in cui colgono l'esatta portata interpretativa dell'art.12 comma 5 del DM n.82/2009, la cui ratio è quella di consentire donazioni o vendite a basso prezzo di latte in favore di soggetti diversi da amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori ed in un contesto estraneo a dinamiche economico-concorrenziali.

16.Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento, in favore delle società ricorrente, delle spese di lite liquidate in € 2.000,00, oltre spese generali, IVA e CPA, nonché alla refusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Referendario

Andrea De Col, Referendario, Estensore