

Pubblicato il 03/04/2023

**N. 00191/2023 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00692/2022 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 Emilia Romagna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 692 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Errebian S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa, Marco Rago e Riccardo Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli 15;

*contro*

Intercent-Er Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Danilo Tassan Mazzocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Promo Rigenera S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Tristano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

*previa sospensiva*

- della Determinazione Dirigenziale prot. n. 466 del 2 settembre 2022 di aggiudicazione dell'appalto specifico per la “Fornitura di toner, cartucce a getto di inchiostro e materiale di consumo accessorio originali per l'Area Ovest che comprende le Amministrazioni Contraenti presenti sul territorio delle province di: Piacenza, Parma, Reggio Emilia e Modena. euro 1.882.601,74”, Lotto 3 (CIG 9301015064) alla Promo Rigenera S.r.l., comunicata in pari data via e-mail con la Nota PI225899-22;
- dei Verbali e di tutte le operazioni di gara ed in specie del “verbale di ricognizione delle offerte, verifica della regolarità documentale e ammissione delle ditte” del 2 agosto 2022 e del “verbale di seduta pubblica virtuale di apertura delle offerte economiche” del 29 agosto 2022;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati, anche se di estremi ignoti alla ricorrente.

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della Determinazione Dirigenziale n. 711 del 14/12/2022 adottata da Intercenter, nella parte in cui, all'esito di approfondimento istruttorio, quest'ultima ha ritenuto di “confermare la Determinazione n. 466 del 2.09.2022 nella parte relativa all'aggiudicazione del Lotto 3 a PROMO RIGENERA SRL”, comunicata con nota del 16.12.2022 ed in pari data depositata agli atti del presente giudizio; della “Relazione di Valutazione dei requisiti di ordine generale ex art. 80 comma 5 d.lgs n. 50/2016 dell'Operatore Promo Rigenera S.r.l.” del 30.11.2022, a firma del RUP, allegata alla Determinazione Dirigenziale di cui sopra;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati, anche se di estremi ignoti alla ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-Er Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici e di Promo Rigenera S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2023 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. - Con Determinazione n. 355 del 30 giugno 2022, Intercent-Er ha indetto un “Appalto specifico per la fornitura di toner, cartucce a getto di inchiostro, materiale di consumo accessorio originali e toner e cartucce a getto di inchiostro rigenerate”, da affidarsi mediante procedura ristretta nell’ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione “Materiale per consumo uffici”, di cui al Bando UE avviso n. 2017/s 247-518041 del 23 dicembre 2017 e con applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del minor prezzo, ai sensi degli artt. 55, 61 e 95, comma 4, del d. lgs. n. 50/2016.

L’appalto è suddiviso in quattro lotti, tra cui il Lotto 3, oggetto della presente controversia, relativo alla “Fornitura di toner, cartucce a getto di inchiostro e materiale di consumo accessorio originali per l’Area Ovest che comprende le Amministrazioni Contraenti presenti sul territorio sul territorio delle province di Piacenza, Parma, Reggio Emilia e Modena”, del valore di € 1.882.601,74.

Sono stati invitati alla procedura di appalto gli operatori economici che risultavano regolarmente ammessi al SDA alla data di adozione della determina di indizione, tra cui la ricorrente e la controinteressata Promo Rigenera s.r.l.

All’esito della apertura delle offerte economiche, tenutasi nella seduta pubblica virtuale del 29 agosto 2022 e delle correlate valutazioni, la miglior offerta è risultata, per il Lotto 3, quella della Promo Rigenera S.r.l., con un valore di offerta pari a € 877.244,51 mentre l’odierna ricorrente Errebian S.p.a. si è classificata seconda, avendo offerto l’importo di € 904.381,82.

Con Determinazione dirigenziale prot. n. 466 del 2 settembre 2022, comunicata alla ricorrente in pari data, Intercent-ER ha disposto la aggiudicazione definitiva del Lotto 3 alla Promo Rigenera S.r.l., subordinandone l'efficacia al positivo espletamento delle verifiche concernenti le dichiarazioni ai fini della partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 32, comma 7 d.lgs. 50/2016 e fermo restando altresì gli adempimenti per la stipulazione della Convenzione, previsti dal Disciplinare di gara a carico dell'aggiudicatario medesimo.

Con il ricorso introduttivo in esame Errebian s.p.a. ha impugnato la suindicata aggiudicazione unitamente ai verbali di gara.

Con il primo motivo di gravame parte ricorrente lamenta la asserita violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c) bis del d.lgs n. 50/2016, la violazione del principio del "clare loqui" e dei principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e par condicio tra i concorrenti, nonché l'eccesso di potere sotto diversi profili, per non avere l'aggiudicataria dichiarato una precedente esclusione da un procedura selettiva ad evidenza pubblica. Segnatamente la mancata dichiarazione ha ad oggetto il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate - Direzione Marche prot. 365 del 10.2.202, relativo all'annullamento d'ufficio dell'intervenuto affidamento in favore di Promo Rigenera della fornitura di materiale di consumo originale e non originale per stampanti, a causa del riscontro del rilascio di dichiarazione mendace in ordine alle caratteristiche dei prodotti offerti privi delle certificazioni attestanti il soddisfacimento dei criteri ambientali minimi (CAM) richiesto dalla legge di gara. Tale reticenza sarebbe tanto più grave in relazione a gara, come quella in esame, per cui a norma dell'art. 2 del capitolato è richiesto il rispetto dei CAM. A dire della ricorrente, in ogni caso, sarebbe fatto obbligo ad ogni partecipante a pena di esclusione dichiarare qualunque fatto potenzialmente idoneo ad assurgere a "grave illecito professionale".

Con il secondo motivo, lamenta la violazione del paragrafo 14 del disciplinare di gara e dell'art. 6 dell'allegato 4 (Capitolato tecnico) al Disciplinare di gara

(listini prodotti), la violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, buon andamento e par condicio tra i concorrenti, nonché l'eccesso di potere sotto diversi profili, per non avere la stazione appaltante attivato il sub procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia ed escluso l'odierna controinteressata dalla gara, giudicando la sua offerta totalmente incongrua. Soltanto infatti la ricorrente avrebbe la possibilità di accedere ai c.d. "special bid" che due dei marchi indicati dalla stazione appaltante mettono a disposizione dei propri partner fidelizzati, sì che il ribasso offerto sarebbe del tutto ingiustificato e conseguentemente illegittima la scelta di Intercent-Er di non attivare la verifica facoltativa di anomalia di cui all'art. 97 c. 6 d.lgs. 50/2016.

Si sono costituite in giudizio sia la controinteressata Promo Rigenera che Intercent-Er eccependo profili di inammissibilità per carenza di interesse e comunque l'infondatezza del gravame non sussistendo a carico del concorrente l'obbligo dichiarativo relativo alle esclusioni c.d. a strascico.

All'esito del sub procedimento di verifica dei requisiti la stazione appaltante, con determinazione dirigenziale n. 711 del 14/12/2022, ha motivatamente confermato l'aggiudicazione nei confronti di Promo Rigenera mediante supplemento di istruttoria riferito al solo primo motivo di gravame.

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la suindicata determinazione confermativa deducendo sempre la violazione dell'art. 80 c. 5 lett c) d.lgs. 50/2016 oltre che dell'art. 97 Cost e del principio di par condicio. A suo dire ai sensi delle lett. c) e c bis) dell'art. 80 c. 5 nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientrerebbe anche l'esclusione subita dal concorrente in altra gara. Ha inoltre insistito per l'accoglimento anche del secondo motivo di gravame del ricorso introduttivo.

Con memoria la difesa di Intercent-Er ha evidenziato l'infondatezza dei motivi aggiunti, dal momento che anche a voler ritenere l'ampliamento dell'obbligo dichiarativo ad esclusioni comminate in altre gare, il seggio di gara ha comunque tenuto in considerazione la vicenda in astratto ascrivibile a

grave illecito professionale, ritenendolo fatto non idoneo a far venir meno l'affidabilità professionale dell'aggiudicatario.

Con memoria di replica la difesa di parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento di entrambi i motivi di gravame, poiché quanto al secondo Promo Rigenera s.r.l. non avrebbe chiarito su quali mercati intenda reperire i prodotti oggetto di gara.

Alla pubblica udienza del 22 marzo 2023, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione disposta da Intercent-Er nei confronti di Promo Rigenera s.r.l. dell'appalto avente ad oggetto "Fornitura di toner, cartucce a getto di inchiostro e materiale di consumo accessorio originali per l'Area Ovest" che comprende le amministrazioni contraenti presenti sul territorio delle province di Piacenza, Parma, Reggio Emilia e Modena., in riferimento al solo lotto n. 3, per un importo a base di gara di 1.882.601,74 euro.

La ricorrente Errebian s.p.a., seconda classificata, lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicataria sia per "grave illecito professionale" consistente nel non aver dichiarato esclusione da altra gara sia per la mancata attivazione del sub procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta.

2.- Sia il ricorso introduttivo che per motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti, potendosi prescindere per ragioni di economia processuale dalle eccezioni in rito sollevate dalla stazione appaltante e dalla controinteressata.

3.- Giova anzitutto rilevare come con la determinazione confermativa dell'aggiudicazione la stazione appaltante - pur invero ritenendo insussistente in capo a Promo Rigenera l'obbligo di dichiarare l'esclusione da una precedente gara - ha puntualmente valutato tale vicenda al fine dell'art. 80 c. 5, lett. c) d.lgs. 50/2016 ritenendola non idonea ad incidere negativamente sull'affidabilità professionale, sulla scorta di vari elementi. Segnatamente dal carattere isolato dell'episodio (non sussistendo ulteriori vicende passibili

anche solo in astratto di valutazione ex art. 80 c. 5 d.lgs. 50/2016) dalla conferma della correttezza della dichiarazione resa in gara da parte del produttore europeo (Turbon Products AG) e dall'acquisizione, nelle more, della certificazione inerente i CAM. Ha inoltre ritenuto di escludere la gravità anche dalla mancata iscrizione da parte dell'Anac di Promo Rigenera s.r.l. nel casellario.

4.- Secondo orientamento giurisprudenziale diffuso il partecipante ad una gara non è tenuto a dichiarare – e pertanto non incorre in omissione informativa rilevante ai sensi ai dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016 – le esclusioni disposte nei suoi confronti in precedenti gare, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione che potrebbe dar luogo all'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva, si riferisce – e si conclude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata, non avendo efficacia ultrattiva in altre procedure, pena, in caso contrario, l'inammissibile riproducibilità a strascico della medesima sanzione espulsiva (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2021 n. 1000; id. 27 settembre 2019, n. 6490; id. 9 gennaio 2019, n. 196; nello stesso senso cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 12 luglio 2021, n. 4806, id. sez. II 31 gennaio 2022, n. 639).

La causa di esclusione di cui all'art. 80, lett. c) (nella versione risultante dopo lo scorporo delle ipotesi speciali di cui alle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), dell'art. 80, comma 5, è una norma residuale perché idonea a ricomprendere nello spettro valutativo dell'affidabilità professionale qualsiasi fatto o condotta violativa di norme civili, penali o amministrative, se connotato in termini di grave illecito professionale; tuttavia, l'omessa dichiarazione di fatti che potrebbero assurgere a gravi illeciti professionali (o la dichiarazione reticente su tali fatti) non è mai [nell'art. 80, comma 5, lett. c)] autonoma causa di esclusione, né lo è ai sensi della lett. f-bis), la quale condiziona l'esclusione alla dichiarazione non veritiera (ossia alla dichiarazione di fatti che non trovano

corrispondenza nella realtà), non alla dichiarazione reticente o alla omissione della dichiarazione (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 12 gennaio 2021, n. 393).

Ma anche a voler considerare la precedente esclusione dalla gara, come rientrante nel genus dei “gravi illeciti professionali” la giurisprudenza ha ribadito costantemente che, in tali casi, “ (...) non è prevista l’automatica espulsione dell’operatore economico, ma la stazione appaltante è tenuta a valutare se essa porti a dubitare dell’integrità e dell’affidabilità dell’operatore economico, con riferimento all’esecuzione del contratto di appalto (Consiglio di Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336). Tale valutazione viene condotta secondo “ (...) criteri di ampia discrezionalità attraverso valutazioni tendenzialmente insindacabili dal giudice se non in presenza di macroscopici profili di illogicità o di travisamento del fatto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 27 agosto 2021, n. 9403).

Si è dunque al cospetto di una ipotesi di esclusione non già di tipo automatico bensì discrezionale collegata ad una valutazione di esclusiva pertinenza della stazione appaltante (*ex multis* Corte giustizia UE sez. IV, 19 giugno 2019, causa C-41/2018) la quale deve far emergere fatti connotati da particolare gravità (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260; T.A.R. Emilia - Romagna Bologna sez. I, 19 aprile 2022, n. 354).

5.- Ciò premesso, nel caso di specie Intercent-Er ha motivatamente escluso l’idoneità della vicenda segnalata da Errebian s.p.a. a far venir meno l’affidabilità professionale, escludendo la gravità del fatto alla luce sia del carattere isolato che delle stesse sopravvenienze e della mancata iscrizione nel casellario Anac.

6.- Il primo motivo non merita dunque adesione.

7.- Il secondo motivo di gravame è privo di pregio.

8.- La stazione appaltante nell’esercizio della propria discrezionalità ha come visto deciso di non dar corso al sub procedimento facoltativo di esame della congruità dell’offerta di Promo Rigenera.

Come noto l'esperibilità del procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta prevista dall'art. 97 comma 6 (diversamente dall'obbligo di cui all'art. 97 comma 3) d.lgs. n. 50/2016, è subordinata all'espressione di un potere discrezionale della Stazione appaltante, che la dispone soltanto laddove, in base ad elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, nell'ambito di una valutazione ampiamente discrezionale, che non richiede un'espressa motivazione e che risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità (cfr. *ex multis* T.A.R. Toscana, sez. I, 27 gennaio 22, n. 84; in termini, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 16 novembre 2021, n. 937).

Per giurisprudenza poi assolutamente pacifica il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara deve essere globale e sintetico, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di costo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 26 febbraio 2021, n. 1637; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, sez. II, 2 maggio 2021, n. 505).

8.1.- Non ritiene il Collegio nel caso di specie la presenza di elementi tali da comprovare la denunciata manifesta illogicità.

La *lex specialis* ha previsto in riferimento a prodotti di ben n. 12 brand l'applicazione da parte dei partecipanti di una ulteriore percentuale di sconto oltre a quella già stabilita dalla stazione appaltante al fine di offrire il ribasso finale.

L'affermata impossibilità di Promo Rigenera di accedere a "special bid" (offerte speciali) in relazione alla fornitura di soltanto due sulle tredici previste tipologie di toner oggetto della fornitura non è affatto idonea a dimostrare l'inattendibilità dell'offerta economica nel suo complesso.

E' infatti del tutto evidente l'inconsistenza dell'assunto di parte ricorrente che vorrebbe comprovare l'inattendibilità nel suo complesso dell'offerta della controinteressata soltanto per la mancata partecipazione ai programmi

speciali di scontistica relativi a soltanto due (HP e Brother) delle aziende produttrici, sul totale di 13 aziende elencate nella lex specialis. E' altrettanto vero che la possibilità per un operatore economico di praticare sconti sui prodotti oggetto di fornitura è del tutto indipendente dall'essere o meno partner delle case produttrici, potendo dipendere da una pluralità di fattori, come ben evidenziato dalla stessa difesa della controinteressata.

9.- Alla luce delle suesposte argomentazioni il ricorso come integrato da motivi aggiunti è infondato e va respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in relazione alla complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Paolo Amovilli**

**IL PRESIDENTE**

**Andrea Migliozi**

IL SEGRETARIO