

N. 03731/2013REG.PROV.COLL.
N. 02864/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2864 del 2013, proposto da:

Azienda Sanitaria Locale n. 8 di Cagliari, rappresentata e difesa dagli avv. Paola Trudu e Matilde Mura, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Contu in Roma, via Massimi n. 154;

contro

Farmac-Zabban s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Avino Murgia e Loredana Rossi, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo e Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

nei confronti di

Santex s.p.a.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00186/2013, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per la fornitura di garze di cotone cucite sterili e non sterili

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Farmac-Zabban s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Lentini su delega di Mura, Avino Murgia e Rossi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Farmac Zabban s.p.a. partecipava alla gara indetta dall'ASL n. 8 di Cagliari per la fornitura di garze di cotone, distinta in lotti, ma veniva esclusa dalla procedura relativa al lotto D per aver indicato nella scheda tecnica la misura delle garze di cui alla voce D7 di cm. 20 x 80, diversa da quella prescritta di cm. 20 x 20 e ben oltre l'ammessa tolleranza del 15%. Ella impugnava l'esclusione davanti al TAR per la Sardegna, che con sentenza 28 febbraio 2013 n. 186, non risultante notificata, annullava il provvedimento in accoglimento del ricorso, segnatamente delle censure secondo cui l'indicazione era frutto di mero errore materiale, riconoscibile e prontamente chiarito, oltretutto riferito ad un'indicazione non prescritta, senza che la sua correzione rappresentasse una non consentita manipolazione dell'offerta.

Con atto notificato i giorni 3, 8 e 9 aprile 2013 e depositato il 16 seguente l'ASL ha appellato detta sentenza, di cui ha assunto la palese erroneità atteso che, per correggere il preteso errore materiale, la stazione appaltante avrebbe dovuto manipolare l'offerta tecnica, sostituendo ed interpretando l'espressione di volontà della concorrente in violazione delle regole che presiedono le gare pubbliche, mentre il dato che l'indicazione non fosse richiesta evidenzia proprio la volontà di offrire garze con misura 20 x 80, restando irrilevante che il "codice prodotto" concernesse garze di cm. 20 x 20. Inoltre, erroneamente il TAR ha affermato che occorreva far riferimento all'offerta economica in cui i dati sarebbero stati esposti in

modo coerente, atteso che l'offerta economica è inserita in plico ancora chiuso e sigillato, non aperto stante l'esclusione della concorrente nella precedente fase della valutazione delle offerte tecniche. Né è condivisibile la considerazione che la ricorrente aveva segnalato l'errore in cui sarebbe incorsa, poiché tale segnalazione, formulata a seguito dell'esclusione, è intervenuta dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, sicché il tenerne conto avrebbe violato i principi di *par condicio* tra i concorrenti, di perentorietà dei termini e di certezza delle prescrizioni di gara.

In data 20 aprile 2013 Farmac Zabban si è costituita in giudizio ed ha svolto controdeduzioni anche con memorie dell'8 e 15 giugno 2013, cui l'Azienda ha replicato con memorie del 7 e 17 giugno 2013.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Risulta dal verbale del seggio di gara in data 17 luglio 2012 che, in sede di verifica della rispondenza al capitolato delle offerte tecniche, per il lotto D Farmac Zabban è stata esclusa poiché la sua offerta “non è conforme in quanto, limitatamente alla voce D7, le misure non rientrano nella tolleranza del 15% ammessa dal capitolato (offerti 80 cm anziché 20 cm)”.

In effetti, mentre per la voce in questione erano richieste garze delle dimensioni di cm 20x20, nella propria offerta tecnica la concorrente ha indicato “D7 cm 20 x 80 – codice Ns. Listino 1207852020”, sia nella scheda tecnica che nell'elenco dei prodotti offerti che nella dichiarazione delle caratteristiche dei medesimi prodotti offerti. Dunque, la manifestazione di volontà della concorrente concerneva garze aventi dimensioni di cm 20x80, a maggior ragione tenuto conto del suo inserimento anche in moduli che non lo richiedevano obbligatoriamente.

Per ricondurre tale manifestazione di volontà a conformità rispetto alla *lex specialis* di gara è evidente che la stazione appaltante avrebbe dovuto

“interpretare” la stessa alla luce dell’indicazione del codice del listino proprio della concorrente (che individua un prodotto di cm 20 x 20), per poi procedere a modificare il contenuto dell’offerta.

Il listino non era allegato all’offerta tecnica, bensì - come esposto dalla stessa Farmac Zabban nella nota in data 23 luglio 2012, di richiesta di riesame dell’esclusione, e ribadito nel ricorso di primo grado - “depositato presso la CCIA di Bologna”, quindi non era nella disponibilità immediata del seggio di gara, a cui il listino veniva rimesso solo con tale nota.

Ne consegue che, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, l’operazione in parola del seggio di gara si sarebbe tradotta nella riformulazione dell’offerta e non già nella doverosa correzione di mero errore materiale caratterizzato da assoluta evidenza.

Tanto non può ritenersi consentito, essendo ben noto il principio, già pienamente condiviso dalla Sezione, secondo cui sussiste il divieto per l’amministrazione, sia a seguito di dichiarazioni correttive del partecipante (come quelle rese nella fattispecie in esame con la citata nota del 23 luglio 2012), sia in conseguenza della sua attività interpretativa volta a riscontrare la reale volontà dell’offerente, di sottoporre l’offerta ad operazioni manipolative e di adattamento non previste nella *lex specialis* della procedura, restando altrimenti violata la *par condicio* dei concorrenti e l’affidamento da essi riposto nelle regole di gara per modulare la rispettiva offerta, nonché il principio di buon andamento, speditezza e trasparenza dell’azione amministrativa in quanto la procedura ne risulterebbe caratterizzata da incertezze e rallentamenti, con conseguente incidenza sulla sostanza e non solo sulla forma (cfr., in tal senso, Cons. St., sez. III, 23 marzo 2012 n. 1699, richiamata dall’appellante, nonché Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1299, 17 maggio 2006 n. 2884 e 16 febbraio 2005 n. 491, ivi citate).

È chiaro che, in tale ottica, si rende inapplicabile il principio del *favor*

participationis, col suo corollario del dovere/potere di soccorso istruttorio inteso a far prevalere la sostanza sulla forma (del quale, nella specie, è espressione la clausola del capitolato secondo cui è interesse della stazione appaltante di “non escludere i concorrenti per motivi formali”), poiché detto principio deve ritenersi recessivo a fronte della necessità di assicurare effettività agli altri principi indicati appena sopra.

D'altronde, la possibilità di completare documenti o fornire chiarimenti, prevista dall'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, come modificato dall'art. 4, co. 2, lett. d), del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, trova testuale limite, tra l'altro, proprio nel caso, qui ricorrente, della “incertezza assoluta sul contenuto” dell'offerta.

Che, poi, le esatte dimensioni delle garze costituenti la voce D7 fossero indicate nell'offerta economica, è dato che, come bene sostenuto dall'appellante, non incide sulla impossibilità di qualificare il preteso *lapsus calami* di Farmac Zabban quale mero errore materiale; ciò sia perché, trattandosi di elemento di natura tecnica piuttosto che economica, non poteva darsi prevalenza che alle indicazioni contenute nell'offerta tecnica, oltretutto dotate di valenza contrattuale sul punto, mentre quelle contenute nell'offerta economica valgono a tal fine in relazione al prezzo ivi formulato; sia, e risolutivamente, perché l'offerta economica non era stata ancora aperta, ricadendo l'esclusione nell'anteriore fase di esame delle offerte tecniche.

In definitiva, l'esclusione dell'attuale appellata deve ritenersi legittima.

Ne deriva la riforma della sentenza gravata nel senso della reiezione del ricorso di primo grado.

Tuttavia, nella peculiarità della vicenda si ravvisano ragioni affinché possa essere disposta la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il medesimo appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)