

N. 04370/2013REG.PROV.COLL.
N. 03934/2013 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 3934 del 2013, proposto da:

Medicair Sud s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avv. Stefano Soncini e dall'Avv. Gabriele Di
Paolo, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Gabriele Di Paolo in
Roma, viale Liegi, n. 35/B;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Avellino, in persona del Direttore Generale *pro
tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Mariarosaria Di Trolio, con
domicilio eletto presso il Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capo di Ferro,
n. 13;

nei confronti di

Vivisol Napoli s.r.l., Vitalaire Italia s.p.a.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI
SALERNO: SEZIONE II n. 00873/2013, resa tra le parti, concernente la
procedura per l'affidamento della fornitura di ausili per la ventiloterapia – il

risarcimento dei danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale di Avellino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2013 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Di Paolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La A.S.L. di Avellino ha indetto una procedura aperta finalizzata all'identificazione di operatori economici idonei a fornire "*ausili per la ventiloterapia (ex DM 332/1999)*".
2. A tale gara ha inteso partecipare Medicaire Sud s.r.l., presentando la propria offerta per i lotti da 1 a 8 indicati negli atti di gara.
3. L'A.S.L. di Avellino ha tuttavia escluso Medicaire Sud s.r.l. dalla gara per i lotti 1 e 8 e, successivamente, ha aggiudicato in via provvisoria tali lotti rispettivamente a Vivisol Napoli s.r.l. e a Vitalaire Italia s.p.a.
4. Avverso tale sentenza l'impresa esclusa ha proposto ricorso avanti al T.A.R. Campania, Sezione staccata di Salerno, deducendo l'erroneità della propria esclusione dalla gara, per quanto concerne tali lotti, e chiedendo quindi di esservi riammessa.
5. Si sono costituite nel giudizio di prime cure la A.S.L. di Avellino e Vivisol Napoli s.r.l., chiedendo il rigetto dell'avversario ricorso.
6. Con la sentenza n. 873 del 15.4.2013 il T.A.R. Campania, Sezione staccata di Salerno, ha accolto il ricorso di Medicaire Sud s.r.l. per quanto riguarda il lotto n. 8, mentre lo ha respinto per quanto concerne il lotto n. 1.

7. Avverso tale sentenza ha proposto appello Medicair Sud s.r.l., lamentandone l'erroneità, e ne ha chiesto in via incidentale la sospensione e nel merito l'annullamento e/o la riforma, con condanna dell'A.S.L. al risarcimento in forma specifica e/o per equivalente.

8. Si è costituita in giudizio la appellata A.S.L. di Avellino, domandando di rigettare l'avversario appello, in quanto infondato in fatto e in diritto.

9. Con ordinanza n. 2163 del 7.6.2013 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dall'appellante, sospendendo l'esecutività della sentenza impugnata, e ha fissato, ai sensi dell'art. 119, comma 3, c.p.a., la pubblica udienza del 12.7.2013 per la discussione del merito.

10. Alla pubblica udienza del 12.7.2013 il Collegio, sentite le parti, ha trattenuto la causa in decisione.

11. L'appello deve essere accolto.

11.1. La stazione appaltante ha escluso Medicair Sud s.r.l. dalla selezione per il lotto n. 1, assumendo che essa avesse presentato un'apparecchiatura medica (APEX Medical Xt3CPAP) non avente le caratteristiche minime previste dal capitolato speciale d'appalto, il quale richiedeva che il *range* pressorio fosse di 4-20 cmH20, mentre nel *dépliant* illustrativo del prodotto, presentato dalla concorrente, figurava il valore di pressione 4-18 cmH20.

11.2. Medicair Sud s.r.l., con nota del 15.1.2013, faceva tuttavia rilevare che si trattava di un errore materiale, nel quale essa era incorsa nel tradurre in italiano le caratteristiche tecniche e il manuale d'uso del produttore, redatti in inglese.

11.3. La Commissione esaminatrice, nella seduta n. 8 del 25.1.2013, confermava il provvedimento di esclusione, rilevando in particolare che non potesse attivarsi il dovere di soccorso, previsto dall'art. 46 del d. lgs. 163/2006, in quanto dalla documentazione prodotta da Medicair risultava che il *range* pressorio era inferiore rispetto a quello richiesto dal capitolato speciale d'appalto e che la presentazione di una nuova scheda tecnica,

riportante indicazioni diverse da quelle contenute nei documenti già presentati, avrebbe comportato una violazione della *par condicio*.

12. L'impugnata sentenza ha respinto il ricorso di prime cure, con il quale Medicair Sud s.r.l. lamentava la propria illegittima esclusione anche dalla selezione per il lotto n. 1, in quanto ha ritenuto che non vi fossero “*spiragli*” per l'applicazione della disciplina del cosiddetto soccorso istruttorio al fine di chiarire le caratteristiche tecniche del prodotto offerto, risultando esse chiaramente dalla documentazione (Scheda tecnica) prodotta in sede di gara e predisposta dalla stessa ditta produttrice (Apex Medical).

12.1. Secondo il giudice di prime cure, infatti, l'istituto del soccorso istruttorio, proprio per la sua stessa ragione giustificativa, non può non postulare una incertezza o equivocità dell'offerta, nel caso di specie non sussistente, sicché la rilevata difformità delle caratteristiche tecniche del prodotto rispetto a quelle richieste dal bando avrebbe costituito adeguata ragione giustificativa della disposta esclusione.

13. Il ragionamento del primo giudice, tuttavia, è viziato da *error in iudicando* e non può essere condiviso.

14. La giurisprudenza di questo Consiglio è invero costante nell'affermare che la regolarizzazione documentale può essere consentita solo quando i vizi siano puramente formali, o chiaramente imputabili ad *errore solo materiale*, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione del principio di parità delle parti, che deve presiedere ogni procedura ad evidenza pubblica (Cons. St., sez. V, 22.2.2010, n. 1038).

14.1. In altri termini le sanatorie documentali sono ammesse, mediante la possibilità di integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, con un

duplice limite: *a)* la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali (Cons. St., sez. VI, 31.8.2004, n. 5734); *b)* la regolarizzazione non può mai riguardare produzioni documentali difformi prescrizioni del bando (o della lettera di invito) presidiate dalla comminatoria di esclusione (Cons. St., sez. IV, 9.12.2002, n. 6675).

14.2. Il consolidato principio che predica l'operatività del c.d. soccorso istruttorio anche nell'ipotesi di errore materiale è stato da ultimo riaffermato anche nella sentenza di questo Consiglio, sez. IV, 5.2.2013, n. 694, laddove è stato opportunamente evidenziato che, se – entro ristretti limiti – si consente la eterointegrabilità finanche della documentazione di gara, *“apparirebbe illogico non consentire la “rettifica” di una dichiarazione sostanzialmente sfavorevole alla posizione del partecipante, e da questi per mero errore resa, che ne abbia comportato la espulsione dalla gara laddove (come nel caso di specie) la sottostante situazione “reale” renda evidente che la statuizione espulsiva era del tutto non dovuta ove rapportata alla situazione esistente”*.

14.3. E tanto è accaduto nel caso di specie, ove Medicaire Sud s.r.l. ha inteso partecipare alla gara, presentando un'apparecchiatura medica accompagnata da un *dépliant* illustrativo nel quale, per mero errore materiale, essa ha trascritto i valori pressori 4-18 cmH₂O anziché quelli, corretti e corrispondenti alle reali caratteristiche del prodotto, di 4-20 cmH₂O (doc. 8 fasc. primo grado).

14.4. È un fatto incontestato dalla stessa Amministrazione che l'apparecchiatura garantisca sicuramente la caratteristica richiesta dal capitolato speciale d'appalto e, cioè, il valore di pressione 4-20 cmH₂O, come risulta dall'attestazione del produttore Apex Medical SL di Bilbao (doc. 9 fasc. primo grado) e come risulta anche dal manuale di istruzione del produttore (doc. 10 fasc. primo grado).

15. La stazione appaltante, nonostante i chiarimenti forniti da Medicaire Sud

s.r.l. con la nota del 15.1.2013, ha tuttavia rifiutato di esercitare il proprio potere istruttorio, assumendo che dalla documentazione tecnica prodotta risultasse in modo chiaro ed inequivocabile che il *range* pressorio dell'apparecchio indicato era inferiore a quello indicato dal capitolato speciale.

15.1. La presentazione di una eventuale nuova scheda tecnica, riportante indicazioni diverse da quelle riportate nella documentazione di gara, è stata ritenuta dalla Commissione una palese violazione della *par condicio* e per questo, come risulta dal verbale n. 8 del 15.1.2013, la Commissione ha escluso Medicaïr s.r.l. dal lotto 1.

Tali ragioni sono state ribadite anche dalla A.S.L. appellata nella propria memoria difensiva, laddove essa ha ribadito che la richiesta di regolarizzazione non può essere formulata per permettere l'integrazione di documenti o dichiarazioni che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione, verificandosi, in caso di ammissione della regolarizzazione, una palese violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

16. Simili ragioni, tuttavia, non sono corrette né condivisibili perché non tengono conto che, in presenza di un errore materiale nel *dépliant* illustrativo dell'apparecchiatura, la presentazione di documenti utili a dimostrare che, appunto, si tratta di un *lapsus calami*, non viene certo ad alterare un'offerta che avrebbe dovuto essere esclusa, modificandone in corso di gara il contenuto e/o le caratteristiche tecniche in modo da farla ammettere a danno degli altri concorrenti, bensì ad evitare che venga esclusa un'impresa che fin dal principio avrebbe dovuto essere ammessa.

17. L'integrazione documentale, in altri termini, non intende supplire ad un'offerta originariamente carente e dunque inammissibile, ma tende a non far escludere un'offerta che *ab initio* avrebbe dovuto essere ammessa, se non vi fosse stato l'errore materiale.

18. Il costante principio giurisprudenziale secondo cui il potere di soccorso istruttorio non può ledere la *par condicio*, così da ammettere anche oltre il termine previsto dal bando documenti o dichiarazioni che devono essere presentati entro detto termine a pena di esclusione, deve essere allora rettamente inteso e applicato nel senso che l'integrazione documentale non è ammessa laddove essa sopravvenga a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, consentendole di "aggiustare" il tiro e di modificare *in itinere* la propria partecipazione alla gara in danno delle altre concorrenti, ma non nel senso che sia inibito alla stazione appaltante richiedere o alla concorrente provare, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta fosse, sin dal principio e nella realtà effettuale, conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* e che tale non apparisse per la presenza di un mero vizio formale o di un errore materiale.

19. Una simile integrazione mai potrebbe ritenersi violativa della *par condicio* poiché tale principio deve ragionevolmente accordarsi e contemperarsi con quello, superiore e avente valenza sostanziale, che impone la massima partecipazione di tutti i soggetti che effettivamente abbiano i requisiti necessari.

20. Questo Consiglio ha già evidenziato che, in materia di partecipazione ad appalti pubblici, deve essere mantenuta una distinzione ben netta tra l'attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara, rispetto alla distinta ipotesi della introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

21. Soltanto quest'ultima attività deve ritenersi assolutamente non consentita, in quanto contraria alla fondamentale regola della *par condicio competitorum*.

22. Per converso, laddove si tratti di esplicitare o di chiarire una

dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara, “*l’attività di integrazione non soltanto è consentita ma la stessa risulta dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all’art. 46 del Codice dei contratti pubblici, a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l’offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla lex specialis di gara*” (Cons. St., sez. V, 25.2.2013, n. 1122).

23. In tal caso è il principio di massima partecipazione alle gare ad imporre tale soluzione interpretativa finalizzata a consentire un’effettiva concorrenza tra le imprese in gara.

24. Di nulla potrebbero dolersi, del resto, le altre concorrenti nel veder ammessa alla gara una competitorice interessata a partecipare con un prodotto che abbia, nella sostanza, almeno requisiti minimi pari a quello da loro presentato o, comunque, corrispondenti a quelli richiesti dal bando e che, solo per un errore materiale contenuto nella documentazione, sembri non averli.

25. Esse stesse anzi, proprio in nome della *par condicio*, avrebbero invocato lo stesso principio del soccorso istruttorio, previsto dall’art. 46 del d. lgs. 163/2006, qualora un tale errore materiale fosse divenuto, in loro danno, causa di esclusione.

26. Basti qui considerare che, se per assurdo ogni offerta di ogni singola concorrente fosse stata affetta da un errore materiale, escludendo, come ha fatto la stazione appaltante per un malinteso senso della *par condicio*, la possibilità del soccorso istruttorio, tutte le imprese concorrenti avrebbero dovuto essere egualmente escluse dalla gara, proprio per l’effetto massimamente iniquo di una simile declinazione della *par condicio*, e ciò nonostante tutte avessero nella sostanza titolo per parteciparvi.

27. L’assurdità della conclusione dimostra l’erroneità della premessa, rivelando come una concezione rigida e meramente formalistica delle regole

che disciplinano l'evidenza pubblica e, in particolare, un'astratta considerazione della *par condicio* finisce per contraddire la logica stessa della gara e per frustrare, in ultima analisi, il più basilare principio che anima e informa l'intera evidenza pubblica e, cioè, la massima partecipazione dei concorrenti per la migliore scelta di quello destinato ad eseguire l'opera o a svolgere il servizio pubblico.

28. Appare quindi contraria alla *ratio* dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006 l'esclusione di Medicair Sud s.r.l. dalla gara, disposta dalla stazione appaltante senza esercitare il potere di soccorso istruttorio nel senso e nel limite sopra precisato.

29. Ne segue che l'appello deve essere accolto e, conseguentemente, deve essere annullata l'esclusione di Medicair Sud s.r.l. e di tutti gli atti di gara consequenziali.

L'odierna appellante, pertanto, deve essere riammessa alla gara, con conseguente apertura della sua offerta economica.

30. Poiché l'A.S.L. appellata non risulta aver proceduto ancora all'aggiudicazione definitiva né, a maggior ragione, alla stipula del contratto di appalto con l'aggiudicataria provvisoria Vivisol Napoli s.r.l., almeno a quanto consta dagli atti di causa, appare misura soddisfacente del richiesto risarcimento in forma specifica la riammissione dell'appellante alla gara.

31. Considerata la complessità interpretativa delle questioni trattate, che involgono delicati principi dell'evidenza pubblica, ritiene il Collegio che sussistano, ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92 c.p.c., gravi ragioni per compensare interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, annulla l'esclusione di Medicair Sud s.r.l. dalla gara relativamente al lotto n. 1 nonché tutti gli atti

di gara consequenziali impugnati da Medicair Sud s.r.l. in prime cure.

Compensa interamente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013

con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/09/2013

IL SEGRETARIO

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