

N. 04038/2013REG.PROV.COLL.
N. 01404/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1404 del 2013, proposto da:
Saniter Bice Mariottini Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso Giovanni Ranalli in Roma, via Sant'Elena, n.29;

contro

Agenzia Umbra Sanità (Aus); Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, rappresentata e difesa dagli avv. Lorenzo Anelli e Massimo Marcucci, con domicilio eletto presso Lorenzo Anelli in Roma, piazza dell'Orologio, n.7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA SEZIONE I n.
00486/2012

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Pesce su delega di Ranalli e Anelli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina del direttore dell'Agenzia Umbria Sanità n. 47/2011 veniva indetta una gara di appalto, mediante procedura aperta, per l'affidamento e la fornitura di dispositivi di chirurgia mini invasiva, saturatrici meccaniche e clips per emostasi occorrenti alle aziende sanitarie della Regione Umbria.

L'appalto era suddiviso in 38 lotti per un valore complessivo stimato annuo di € 7.349.200,83 oltre iva e per una durata di 36 mesi.

La tipologia e le caratteristiche dei lotti venivano specificati nella scheda tecnica, allegato "A" al capitolato.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83, d.lgs. n. 163/2006.

Il disciplinare ed il capitolato speciale d'appalto prevedevano che la valutazione delle offerte fosse demandata al giudizio qualitativo della commissione giudicatrice ex art. 83 del sopradetto d.lgs. n.

163/2006.

Alla gara partecipava la società Saniter Bice Mariottini s.r.l., presentando offerte esclusivamente per i lotti: 1, 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35.

Con nota prot. 563 del 20 giugno 2012 veniva comunicata l'esclusione della società Saniter Bice Mariottini s.r.l. per tutti i lotti ai quali aveva partecipato.

A seguito della conoscenza del verbale n. 1 del 18 giugno 2012 la ricorrente apprendeva che l'esclusione era stata disposta dal responsabile unico del procedimento (d'ora in poi RUP) ed era stata comminata in relazione all'offerta tecnica presentata in quanto:

- per i lotti 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35 non era stata presentata la documentazione richiesta al punto d) dell'art. 5 del capitolato di gara, ritenuta requisito essenziale dell'offerta tecnica;
- per il lotto 1 la ditta aveva offerto un numero di riferimenti inferiore all'80% di quanto richiesto nella documentazione di gara.

1.1. Nel ricorso davanti al Tar Umbria la ricorrente assumeva che la decisione di esclusione era stata adottata da un soggetto privo di competenza funzionale e tecnica (il RUP e non la Commissione Giudicatrice) e in contrasto con le prescrizioni del bando. Inoltre che:

- la disposizione dell'art. 5 lett. d) del capitolato era riferita solo alle offerte relative a dispositivi elettrificabili mentre la società aveva partecipato solo ai lotti aventi per oggetto dispositivi non

elettrificabili; né il capitolato, né altra norma della lex specialis di gara prevedevano la sanzione dell'esclusione per la mancata indicazione della frase "non previsto il punto d)" e nessuna dichiarazione era prevista per i dispositivi non elettrificabili;

-la decisione assunta in merito al lotto 1 implicava una valutazione nel merito dell'offerta tecnica che era espressamente affidata alla commissione e non al RUP; l'offerta della ricorrente corrispondeva alle caratteristiche sostanziali e numeriche richieste dalla documentazione di gara.

Avverso l'esclusione dalla procedura la ricorrente formulava sei distinti ordini di censure, di cui i primi cinque nei confronti della motivazione "non previsto il punto d)" e il sesto nei riguardi dei riferimenti previsti per il lotto 1.

Il Tar respingeva il ricorso esaminando partitamente tutti i motivi dedotti, ritenendo legittima la esclusione della società da tutti i lotti di gara.

1.2. Nell'atto di appello la società censura la sentenza del Tar articolando i motivi di appello, prima con riferimento alla illegittimità della esclusione per i lotti 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35, poi con riferimento alla esclusione dal lotto 1.

Si è costituita Azienda Ospedaliera S.Maria di Terni subentrata alla soppressa Agenzia Umbria Sanità AUS, sostenendo la infondatezza dell'appello e chiedendo la conferma della sentenza del Tar.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2013 la causa è stata trattenuta in

decisione.

2. Con riferimento alla esclusione dai lotti 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35, la appellante reitera le doglianze già respinte dal primo giudice, sostenendo di avere presentato le offerte tecniche in pedissequa corrispondenza alle prescrizioni esposte all'art. 3 e 5 del disciplinare di gara e all'art. 5 del capitolato e che pertanto la disposta esclusione non troverebbe alcuna giustificazione in relazione alle disposizioni della *lex specialis*.

In particolare non potrebbe essere considerato legittimo motivo di esclusione la mancanza della nota recante la dizione “non previsto il punto d” riferita ai dispositivi non elettrificabili” (art. 5 lett. d del capitolato).

Esponde la appellante che la indicazione di tale specificazione era dovuta solo per i dispositivi elettrificabili per i quali era necessario conoscere la compatibilità con le apparecchiature elettromedicali utilizzate ed utilizzabili, mentre per i dispositivi non elettrificabili, contrariamente a quanto ritenuto dalla stazione appaltante e condiviso dal Tar, la società non era tenuta ad alcuna dichiarazione per cui la mancanza di detta nota sarebbe stata del tutto irrilevante al fine di esprimere il giudizio qualitativo e non poteva giustificare la esclusione.

L'appellante sottolinea che le norme di legge e di bando, che disciplinano le condizioni di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto dei principi di tipicità e

tassatività delle ipotesi di esclusione che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Cost.. oltre che dal Trattato comunitario.

3. La sezione ritiene che le argomentazioni della appellante ad un attento esame non siano condivisibili.

Occorre infatti considerare che la lex specialis di gara non ha affatto diviso i lotti distinguendo i dispositivi elettrificabili da quelli sprovvisti di tale caratteristica, ma ha chiesto alle ditte partecipanti, di rappresentare con una apposita dichiarazione riferita ai soli dispositivi indicati dal concorrente come elettrificabili, l'elenco delle apparecchiature compatibili con i dispositivi stessi, evidentemente ritenendo, contrariamente all'assunto della società ricorrente, che la natura di dispositivo elettrificabile o non elettrificabile non emergesse ipso facto, dalle caratteristiche intrinseche del prodotto oggetto di fornitura, ma dovesse essere oggetto di una specifica indicazione dell'offerente che avrebbe dovuto anche indicare le apparecchiature eventualmente compatibili.

Con l'effetto che una tale previsione non poteva avere altro significato, in relazione alla specificità e caratteristiche delle apparecchiature messe a gara, che quello di porre a carico della ditta concorrente l'obbligo di inserire nella offerta tecnica una dichiarazione finalizzata a puntualizzare se l'oggetto della fornitura era, o meno, un dispositivo elettrificabile e, in questo caso, con quali apparecchiature fosse compatibile. L'art. 5 del capitolato disponeva

poi che: “La mancanza di quanto richiesto ai punti a), b), c), d), e), essendo ritenuti requisiti essenziali dell’offerta tecnica (al fine di esprimere un giudizio qualitativo) comporterà la non valutazione della offerta economica limitatamente al lotto interessato”.

Relativamente all’obbligo di dichiarare i prodotti elettrificabili o meno la ditta ha completamente omesso di indicare a quale categoria appartenessero i prodotti offerti, non consentendo quindi alla stazione appaltante di esprimere un giudizio di qualità sulle caratteristiche del prodotto e pregiudicando la possibilità di operare un corretto confronto con quello delle altre ditte.

La inosservanza della prescrizione quindi non poteva che produrre la esclusione della partecipante dalla gara in quanto diretta a individuare e qualificare le caratteristiche della fornitura e pertanto a rappresentare un elemento essenziale dell’offerta tecnica e del contratto da stipulare con l’effetto che la sua inosservanza determinava l’incertezza sul contenuto dell’offerta, circostanza questa che consente alla stazione appaltante di escludere automaticamente l’offerta ai sensi dell’art. 46, co. 1-bis, d.lgs. n. 163/2006 (modificato dall’art. 4, co. 2, lett. d), D.L. n. 70/2011).

Quanto al richiamo, da parte dell’appellante, al principio del c.d. potere di soccorso, ricorda la sezione che la stazione appaltante non può sopperire con il potere di soccorso alla totale mancanza di un atto prescritto dalla lex specialis di gara, necessario per individuare il contenuto stesso della offerta tecnica. L’omessa allegazione di un

documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non possono considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e non ne è permessa la regolarizzazione postuma in violazione della par condicio dei concorrenti tanto più nel caso in esame, in cui la omissione dichiarativa comportava incertezze sul contenuto sostanziale dell'offerta, non potendosi pretendere che la stazione appaltante consentisse al concorrente di qualificare successivamente la propria offerta o integrasse lei stessa le caratteristiche dei prodotti non dichiarate dal concorrente surrogandosi a quest'ultimo nella indicazione di elementi essenziali espressamente prescritti dagli atti di gara.

4. 2. Venendo poi al lotto n.1 la ricorrente è stata esclusa dalla gara perché, quanto alla documentazione amministrativa, aveva offerto un numero di riferimenti tipologici di prodotti contemplati per ciascun lotto, inferiore all'80% di quanto richiesto, difformemente da quanto previsto dall'art. 6 del capitolato speciale d'appalto che ammetteva a "concorrere all'aggiudicazione le ditte le cui offerte comprendano almeno l'80% dei riferimenti compresi nel lotto ...".

Il fondamento della disposizione del capitolato risiedeva nella esigenza di garantire una quantità minima di fornitura calcolata sulla necessità manifestata dalle aziende sanitarie da servire.

Il lotto 1 (sutura cutanee monouso) era suddiviso in due diversi tipi di prodotto, suturatrice a 35 punti e suturatrice a 15 punti: per l'una era indicato un fabbisogno di 23.255 pezzi e per l'altra di 2.650

pezzi.

Il Tar riteneva che dalla documentazione depositata in atti dalla ricorrente (sub 12 dell'elenco in data 23.07.2012), si evincesse che, non era stata presentata alcuna offerta per la suturatrice a 15 punti, mentre per la suturatrice a 35 punti fosse presente una scheda compilata per il solo codice ditta (F35R) e per il numero dei pezzi nella confezione (5). Con l'effetto che la esclusione dal lotto n. 1 era giustificata dal fatto che il prodotto fornito non raggiungeva il quantitativo minimo previsto dal capitolato speciale pari al almeno l'80% del totale.

Nell'atto di appello si sostiene che poiché era possibile presentare solo un tipo di prodotto e quindi un unico codice, l'offerta relativa al lotto complessivamente considerata superava il limite dell'80% arrivando a circa al 90%.

L'appellante non ha tuttavia indicato il motivo per il quale il calcolo effettuato dal primo giudice, "nessuna offerta per la suturatrice a quindici punti e cinque pezzi della confezione per quella a trentacinque punti", fosse erroneo, e soprattutto non ha in alcun modo supportato la affermazione che venisse superato il limite dell'80% dell'offerta, arrivando al 90% del totale, di talchè la censura, ancor prima che infondata, si appalesa di non chiara comprensione e in definitiva inammissibile per genericità.

5. Al punto IX dell'appello la società censura la sentenza del primo giudice nella parte in cui ha respinto le censure aventi ad oggetto le

operazioni di gara riferite a tutti i lotti per i quali aveva partecipato.

Nel ricorso di primo grado era stata censurata la incompetenza del RUP alla apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ai fini della verifica della completezza della documentazione. Specifiche doglianze venivano rivolte anche nei confronti dell'art. 6 del disciplinare nella parte in cui regolava le modalità di svolgimento dell'apertura delle buste.

La ricorrente deduce la violazione dell'art. 120 del d.P.R. n. 207/2010 come modificato dall'art. 12 del d.l. n. 52/2012 in quanto l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica, avvenuta in data 18 giugno 2012, era stata effettuata dal RUP e non dalla Commissione di gara e, sotto altro profilo, deduce la violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006 in combinato disposto con l'art. 10, d.P.R. n. 207/2010 per mancanza, in capo al RUP, delle specifiche competenze tecnico-professionali per valutare i dispositivi in appalto.

5.1. Le considerazioni del Tar per respingere entrambi i profili devono essere confermate.

Il verbale di gara n. 1 del 18 giugno 2012, attestava che il RUP, constatata la regolarità esterna dei plichi, aveva proceduto per ciascuno di essi, all'apertura, alla verifica della presentazione della busta contenente la documentazione ai soli fini della completezza della documentazione prodotta lasciando le altre attività specialistiche alla commissione tecnica.

Dal verbale risultava la presenza, oltre che dei testimoni, di

rappresentanti di varie ditte partecipanti alla gara (Tecnogamma, Conmed, Johnson e Johnson, Aspenna, Applied Medical, TAU Medica, Tecnosanimed).

Da quanto sopra il Tar riteneva osservate le regole di trasparenza e pubblicità alla base dell'emanazione dell'art. 12, del d.l. n. 52/2012, dopo la pronunzia n. 13/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha ritenuto necessaria l'apertura pubblica delle buste contenenti l'offerta tecnica.

La stessa sentenza della Plenaria riduce la verifica dei documenti contenuti nella busta relativa all'offerta tecnica a un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione di ufficializzare l'acquisizione della documentazione di cui l'offerta stessa si compone con la conseguenza che l'operazione non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente.

Pertanto devono condividersi le conclusioni del Tar che ha ritenuto sufficiente che a siffatte operazioni abbia proceduto il RUP e non la commissione di gara (come previsto dall'art. 12 d.l. n. 52/2012), entrato in vigore nel corso del procedimento, essendo stato in ogni caso osservato il requisito della pubblicità della seduta nel corso della quale erano stati aperti i plichi contenenti l'offerta tecnica al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti, mentre d'altro canto il RUP si era limitato a contestare solo la oggettiva mancanza delle dichiarazioni nei vari lotti da parte della ditta Saniter

Bice, senza svolgere alcun apprezzamento di merito sulla offerta e senza mai invadere le specifiche competenze riservate alla commissione tecnica.

Anche le censure rivolte all'art. 6 del disciplinare nella parte in cui regola le modalità di svolgimento dell'apertura delle buste deve essere conseguentemente rigettata.

6. Del pari è da respingere, per le considerazioni sopra rilevate, l'ulteriore motivo di appello rivolto a contestare la competenza della dott.ssa Angione, dipendente dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni, a procedere alle operazioni riportate nel verbale perché priva delle specifiche competenze professionali richieste dal quinto co. dell'art. 10, d.lgs. n. 163/2006 che obbliga il responsabile del procedimento a possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato.

Le funzioni svolte dalla dott.ssa Angione, per il loro carattere meramente estrinseco e formale, come previste dall'art. 6 del disciplinare di gara, relative alla constatazione dell'integrità delle buste e della completezza della documentazione in conformità a quanto prescritto dalla lex specialis di gara, non implicavano alcuna valutazione di ordine tecnico o discrezionale circa il carattere o la qualità delle offerte presentate. La qualifica rivestita dal RUP nell'organigramma dell'ente era perciò pienamente idonea all'esercizio dei compiti demandati.

7. In conclusione l'appello non merita accoglimento e la sentenza del

Tar deve essere confermata.

8. Le spese del grado tuttavia in relazione alla peculiarità delle questioni trattate possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/07/2013

IL SEGRETARIO

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