

Publicato il 22/07/2022

N. 00591/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00107/2022 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 107 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Greiner Bio-One Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Aliverti e Domenico Greco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

PuntoZero s.c. a r.l. (già Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Amici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Ospedaliera di Terni, Azienda Ospedaliera di Perugia, Azienda Usl Umbria 1, Azienda Usl Umbria 2, Regione Umbria, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Becton Dickinson Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Stefanelli e Fabio Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di data e tenore sconosciuto, successivo alla seduta pubblica del 25 gennaio 2022, con cui la ricorrente è stata esclusa dalla procedura;

- del provvedimento comunicato con pec il 2 febbraio 2022, con cui la stazione appaltante ha confermato il provvedimento di esclusione (allo stato non cognito) e ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela;

- della comunicazione inviata via pec il 31 gennaio 2022;

- della comunicazione inviata via pec il 12 gennaio 2022;

- per quanto qui di interesse e nei limiti di cui in motivazione, della *lex specialis* e, segnatamente, del Bando di gara, del Disciplinare di gara, del Disciplinare telematico di gara, del documento denominato "Timing di gara";

e per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e/o stipulando con l'aggiudicataria.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati dalla ricorrente l'11 marzo 2022, per l'annullamento, previa adozione di idonea misura cautelare:

- della nota inviata via pec il 28 febbraio 2022, con cui è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva del lotto 1 in favore dell'odierna controinteressata;

- della determinazione dell'Amministratore unico del 25 febbraio 2022, comunicata con la nota di cui al punto precedente, con cui è stato aggiudicato il lotto 1 alla controinteressata;

- di tutti i verbali di gara (e, segnatamente, i verbali del 4 ottobre 2021, dell'11 ottobre 2021, del 26 ottobre 2021, del 2 dicembre 2021, del 14 dicembre 2021, del 10 gennaio 2022, dell'11 gennaio 2022, del 25 gennaio 2022) *in parte qua*, ossia nelle parti in cui la Commissione ha proceduto, da un lato, ad escludere dalla procedura la ricorrente e, dall'altro, ad aggiudicare la gara alla controinteressata inviati con la medesima pec del 28 febbraio 2022;

- del provvedimento comunicato con pec il 2 febbraio 2022, con cui la stazione appaltante ha confermato il provvedimento di esclusione e ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela;

per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e/o stipulando con l'aggiudicataria;
nonché per la conseguente condanna della stazione appaltante resistente al risarcimento in forma specifica, mediante riammissione alla gara, valutazione dell'offerta economica, eventuale aggiudicazione dell'appalto e subentro nel contratto eventualmente stipulato ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di PuntoZero s.c. a r.l. e di Becton Dickinson Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2022 la dott.ssa Daniela Carrarelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Greiner Bio-One Italia s.r.l. ha agito per l'annullamento del provvedimento con il quale la stessa è stata esclusa dalla procedura per l'affidamento della *“Fornitura di dispositivi medici e diagnostici in vitro ricompresi nella CND W05 della Classificazione nazionale dei dispositivi medici (CND) e di altro materiale di laboratorio per le esigenze delle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Umbria”*, di cui al bando pubblicato in data 9 giugno 2021 da Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l. (ora PuntoZero s.c.a. r.l.).

La gara, composta da 37 lotti e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si espletava mediante piattaforma telematica di negoziazione ex art. 58 del Codice degli appalti; viene in rilievo il lotto 1 (CIG 8732346FDE), del valore massimo stimato di euro 9.967.877,91.

Trattandosi di gara telematica, la disciplina di gara (Timing di gara) prevedeva che in una prima fase le concorrenti caricassero sulla piattaforma telematica predisposta dalla stazione appaltante per il ricevimento delle offerte la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e il numero della marcatura temporale apposta nei termini perentori indicati al file recante l'offerta economica (ossia un protocollo informatico identificativo dell'offerta economica, attestante una data certa e che ne garantisce l'immodificabilità); l'offerta economica, munita della predetta marcatura temporale, avrebbe dovuto restare conservata nel computer dell'offerente e venire caricata anch'essa sulla piattaforma della stazione appaltante solo in un secondo momento, in una finestra temporale da comunicarsi ad onere dell'Amministrazione.

La ricorrente espone di avere seguito la suddetta procedura, caricando sul sistema la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e il numero identificativo della marcatura temporale della propria offerta economica; tuttavia, in sede di seduta pubblica del 25 gennaio 2022 la ricorrente apprendeva di aver superato la fase della valutazione delle offerte tecniche e riceveva contestualmente la comunicazione orale di esclusione della procedura per non aver caricato a sistema l'offerta economica già precedentemente firmata digitalmente e marcata temporalmente.

La ricorrente inviava, in data 31 gennaio 2022, istanza di riammissione e annullamento in autotutela della disposta esclusione, negativamente riscontrata dalla stazione appaltante in data 2 febbraio 2022.

2. Con unico ed articolato motivo in diritto, la ricorrente ha lamentato: violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 30, 32, 52, 63, 72, 76, 79 83 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990; violazione e falsa applicazione *lex specialis* e, in particolare, dell'art. 8 del Disciplinare telematico di gara e degli artt. 13, 16 e 21 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dei principi dell'autovincolo e dell'interpretazione dei bandi di gara, di massima

partecipazione, di trasparenza, proporzionalità, *par condicio* e non discriminazione; violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento, giusto procedimento, trasparenza, coerenza nelle comunicazioni telematiche, ragionevole.

Le censure di parte ricorrente possono essere riassunte come segue.

L'esclusione comminata dalla stazione appaltante violerebbe, oltre il principio di trasparenza di cui all'art. 29 del Codice dei contratti pubblici, sia la *lex specialis*, che il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché i principi dell'autovincolo e dell'interpretazione dei bandi di gara, in quanto il mancato *upload* dell'offerta, già marcata temporalmente con l'apposizione del numero seriale, non era punito con l'esclusione, non rendendo incerta l'offerta né sul contenuto né sulla provenienza dell'offerta, e non violava i principi di immutabilità, integrità e di segretezza delle offerte.

La comunicazione a mezzo pec del 12 gennaio 2022 non poteva assurgere a legittimo e idoneo strumento per comminare l'esclusione al concorrente che non avesse caricato l'offerta nella finestra temporale dalla stessa nota indicata. Ciò in primo luogo per la "modalità" della comunicazione, che violava sia la *lex specialis* (cfr. art. 2 del Disciplinare di gara e art. 8 del Disciplinare telematico di gara) laddove prevedeva espressamente (in correlazione e in coerenza a quanto previsto dall'art. 52 d.lgs. n. 50 del 2016) che le comunicazioni, per essere valide ed efficaci, dovevano essere effettuate tramite la "piattaforma telematica impiegata per lo svolgimento della presente procedura". In secondo luogo, per violazione dei principi di buon andamento, giusto procedimento, trasparenza, pubblicità, ragionevole aspettativa e legittimo affidamento, nonché degli artt. 29 e 52 del Codice dei contratti pubblici, in quanto un simile termine avrebbe dovuto ricevere la stessa forma di pubblicità legale che hanno ricevuto gli altri termini espulsivi (per la marcatura e per il ricevimento della domanda di partecipazione). Evidenzia la ricorrente di non aver mai ricevuto una specifica comunicazione individuale

della stazione appaltante circa il superamento della fase di valutazione dell'offerta tecnica (così come avvenuto, in precedenza, con la documentazione amministrativa), non potendo, pertanto, sapere di essere tra le "ditte ammesse al prosieguo della procedura di gara" e, quindi, tra le ditte che avrebbero dovuto caricare l'offerta economica per la loro apertura e valutazione.

La parte ricorrente censura, ancora, il "contenuto" della comunicazione perché la pec non richiama in alcun modo l'art. 8 del Disciplinare telematico di gara e le eventuali conseguenze della sua violazione, comunicava solo la data della prossima seduta di gara e solo, in via del tutto incidentale, "precisa[va]" che la possibilità di caricare l'offerta economica già in precedenza firmata e marcata; la comunicazione era, inoltre, priva di referente e quindi di firma, e non si evinceva, infine, neppure il lotto a cui era riferita, né il numero della procedura.

Il contenuto e la modalità della comunicazione di servizio del 12 gennaio 2022, unitamente alla circostanza che sulla piattaforma telematica della gara non era stata fatta alcuna pubblicazione sul timing di gara, avrebbero ingenerato una confusione e un'ambiguità tale da rendere l'esclusione poi comminata illegittima anche per violazione del principio del legittimo affidamento. Infine, la parte ricorrente lamenta il mancato ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, peraltro richiamato dalla stessa legge di gara all'art. 13 del Disciplinare di gara).

3. Con atto per motivi aggiunti depositato in data 11 marzo 2022, la Società ricorrente ha agito per l'annullamento della successiva aggiudicazione, lamentandone l'illegittimità derivata per i motivi di cui al ricorso introduttivo, integralmente riprodotti. Parte ricorrente ha altresì avanzato istanza di risarcimento del danno per equivalente, laddove non fosse più possibile il risarcimento in forma specifica mediante riammissione alla gara.

4. Si sono costituite per resistere in giudizio Punto Zero s.c.a r.l. e la controinteressata Becton Dickinson Italia s.p.a., risultata aggiudicataria del

lotto per cui è causa.

5. A seguito della trattazione camerale, con ordinanza del 14 aprile 2022 n. 55, è stata respinta l'istanza cautelare, avendo il Collegio ravvisato l'insussistenza dei necessari profili di *fumus boni iuris*.

6. Le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche in vista della trattazione in pubblica udienza.

7. Per ragioni di economia processuale, si può prescindere dall'esame delle eccezioni in rito sollevate dalle parti resistenti, atteso che il ricorso deve essere respinto (cfr. C.d.S., A.P., 27 aprile 2015, n. 5).

8. Le censure di parte ricorrente devono essere respinte per le considerazioni di seguito esposte.

8.1. In primo luogo non sono meritevoli di condivisione le affermazioni della parte ricorrente circa la mancata previsione della sanzione espulsiva per la fattispecie in esame, in quanto il Disciplinare, al punto 21, espressamente prevedeva che «*[e]ventuali carenze documentali afferenti l'offerta tecnica o economica non potranno essere sanate con il ricorso al soccorso istruttorio e daranno seguito all'esclusione della ditta dalla gara*».

Ciò posto, il *timing* di gara indicava all'impresa non solo il termine ultimo perentorio per l'apposizione della firma digitale e della marcatura temporale all'offerta economica digitale (“SchemaOfferta_.xls”) ed un termine per l'inserimento del relativo numero di serie identificativo, ma prevedeva altresì che, con successiva comunicazione, sarebbe stata indicata la finestra temporale per l'*upload* dell'offerta economica telematica come sopra marcata da parte delle ditte ammesse al prosieguo della gara.

Come la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di evidenziare, la garanzia di segretezza dell'offerta economica nelle gare che si svolgono mediante l'utilizzo di piattaforma *on line* non può comunque prescindere dal corretto caricamento dell'offerta economica nel sistema, essendo il regolare inserimento della documentazione necessario per garantire che l'accesso e, dunque, la conoscibilità dell'offerta da parte degli addetti alla procedura di

gara, avvenga solo alla data e all'ora di seduta di gara specificata in fase di creazione della procedura, allorquando il sistema redige in automatico la graduatoria, anche tenendo conto dei punteggi tecnici attribuiti dalla Commissione; le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte e i sistemi provvedono alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura, l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa (cfr. in termini, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 18 settembre 2020, n. 3882; T.A.R. Lazio, Latina, 20 settembre 2019, n. 551; C.d.S., sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050).

In questo quadro, l'utilizzo della piattaforma *on line* e l'adempimento di tutti gli oneri formali prodromici alla materiale presentazione dell'offerta (firma digitale e indicazione della relativa marcatura temporale) non possono prescindere dal successivo concreto ed effettivo caricamento dell'offerta stessa, passaggio essenziale, prima ancora che per la verifica dell'integrità dell'offerta, per poter ritenere che un'offerta negoziale sia stata comunicata all'Amministrazione (cfr. C.d.S., sez. V, 24 giugno 2020, n. 4031) .

La circostanza che il bando di gara non avesse espressamente indicato che il caricamento andasse effettuato a pena di esclusione è irrilevante, in quanto dalla lettura del bando emerge che il caricamento dell'offerta economica nei tempi prescritti rappresenta un dovere dell'operatore economico la cui violazione non può che condurre all'esclusione dalla gara, in omaggio al richiamato principio di *par condicio* tra i partecipanti alla gara, nonché al principio di generale di autoreponsabilità, che trova pacificamente applicazione con riferimento alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica e, in particolare, a quelle che si svolgono mediante la presentazione telematica dell'offerta, ed implica che ciascuno dei concorrenti sopporti le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e

nella presentazione della documentazione (cfr., da ultimo, C.d.S., sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448; C.d.S., A.P., 25 febbraio 2014 n. 9).

8.2. Parimenti, non appaiono meritevoli di condivisione le censure di parte ricorrente volte a contestare le modalità con le quali è stata comunicata la finestra temporale durante la quale gli operatori avrebbero potuto procedere al caricamento delle rispettive offerte economiche.

L'art. 2.3. del Disciplinare, relativo alle “Comunicazioni” prevede che: *«Ai sensi dell'art. 76, comma 6 del Codice, i concorrenti sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, l'indirizzo PEC o, solo per i concorrenti aventi sede in altri Stati membri, l'indirizzo di posta elettronica, da utilizzare ai fini delle comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5, del Codice. Tutte le comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici si intendono validamente ed efficacemente effettuate qualora rese: - tramite la piattaforma telematica impiegata per lo svolgimento della presente procedura. In tal caso le comunicazioni saranno indirizzate all'indirizzo di posta elettronica certificata PEC inserito dal concorrente in sede di registrazione alla piattaforma stessa. Si consiglia perciò di verificare la presenza e la correttezza dell'indirizzo mail di posta certificata inserito nell'apposito campo».*

In base agli atti di giudizio, la pec del 12 gennaio 2022 risulta pienamente rispondente alle modalità di comunicazione previste dalla legge di gara.

Quanto al contenuto della comunicazione, recante quale oggetto “Centrale di Acquisto per la Sanità (CRAS) - COMUNICAZIONE SEDUTA PUBBLICA APERTURA DOC. ECONOMICA CND W”, nella stessa si legge: *«... si comunica che il giorno 25/01/2022 alle ore 09:30 si procederà, in videoconferenza collegandosi al seguente link: meet.google.com/gvv-pesi-ifa in seduta pubblica telematica, all'inserimento dei punteggi tecnici e alla successiva apertura della documentazione economica per le ditte ammesse al prosieguo della procedura di gara. Si prega di inviare all'indirizzo mail: m.perrone@aosppterni.it entro il giorno 24/01/2022 ore 13:00 le deleghe e il doc. di riconoscimento ai fini della partecipazione alla seduta pubblica dei soggetti autorizzati. SI PRECISA CHE DALLE ORE 14:00 DEL 12/01/2022 ALLE ORE 10:00 DEL GIORNO 17/01/2022 SARA'*

POSSIBILE CARICARE A SISTEMA LE OFFERTE ECONOMICHE...»

(sic).

La comunicazione appare sufficientemente chiara nell'indicare la finestra temporale durante la quale gli operatori avrebbero potuto procedere al caricamento delle rispettive offerte economiche, comunicazione che la ricorrente avrebbe dovuto attendere sia alla luce del *timing* indicato nella legge di gara, sia in quanto – a seguito della seduta pubblica in video conferenza del 2 dicembre 2021 alla quale la ricorrente con delega al sig. Filippo Taccia – sempre con pec del 2 dicembre 2021 inviata tramite la piattaforma Net4Market, alla Greiner era stata comunicata l'ammissione al prosieguo della gara all'esito della verifica della documentazione amministrativa e della regolarità formale delle cartelle contenenti la documentazione tecnica (al solo fine di controllarne il corretto invio e la completezza, come da verbale del 2 dicembre 2021).

Difatti, l'unica comunicazione prevista dalla *lex specialis* prima della indicazione dei termini di *upload* dell'offerta economica risulta essere, ai sensi del punto 19.1 del Disciplinare, quella di ammissione all'esito della verifica della documentazione amministrativa, comunicazione che è stata correttamente effettuata sia attraverso la pec del 2 dicembre 2021.

Alcuna altra comunicazione doveva essere effettuata, avendo la Commissione proceduto – come previamente comunicato con la pec del 12 gennaio 2022 – nell'unica seduta del 25 gennaio 2022 sia la comunicazione dei punteggi per le offerte tecniche e delle eventuali esclusioni dalla gara che l'apertura virtuale della busta contenente l'offerta economica (scelta che non si pone in contrasto con quanto disposto al punto 21 del Disciplinare).

8.3. Quanto, infine, al lamentato mancato ricorso al soccorso istruttorio, il motivo è infondato alla luce di tutte le conclusioni sin qui rassegnate, dovendosi ribadite in questa sede che l'ipotesi per cui è causa, attenendo alla carenza dell'offerta economica, si colloca al di fuori del perimetro fissato dallo stesso art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. VI, 24

febbraio 2022, n. 1308; C.d.S., sez. V, 24 giugno 2020, n. 4031; C.d.S., sez. VI, 9 aprile 2019 n. 2344).

Nel caso in esame, va inoltre evidenziato la possibilità di ricorso al soccorso istruttorio per la fattispecie per cui è causa fosse espressamente esclusa dalla *lex specialis*. Il Disciplinare di gara, al punto 13, espressamente sanciva che «*[l]e carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice*»; tale previsione risulta ulteriormente specificata al già citato punto 21 del medesimo Disciplinare ove, nell'ambito della disciplina della "verifica della documentazione tecnica e valutazione delle offerte tecniche ed economiche", si legge: «*[e]ventuali carenze documentali afferenti l'offerta tecnica o economica non potranno essere sanate con il ricorso al soccorso istruttorio e daranno seguito all'esclusione della ditta dalla gara*».

9. Dal rigetto dei motivi di cui al ricorso introduttivo, discende l'infondatezza dei motivi aggiunti integralmente riproduttivi degli stessi.

10. Per quanto esposto, il ricorso ed i successivi motivi aggiunti devono essere respinti.

Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio attesa la peculiarità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Daniela Carrarelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Daniela Carrarelli

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO