

Publicato il 10/02/2023

N. 01482/2023REG.PROV.COLL.
N. 08170/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8170 del 2022, proposto da Greiner Bio-One Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Aliverti e, Domenico Greco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Domenico Greco in Roma, via Giuseppe Gioachino Belli n. 60,

contro

- l'Azienda Ospedaliera di Terni, l'Azienda Ospedaliera di Perugia, l'Azienda USL Umbria 1, l'Azienda USL Umbria 2 e la Regione Umbria, non costituite in giudizio;
- Punto Zero S.c.a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Amici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Becton Dickinson Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Stefanelli, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 591 del 2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Punto Zero 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, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023, il Cons. Stefania Santoleri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con il ricorso di primo grado, proposto dinanzi al TAR Umbria, la ricorrente Greiner Bio-One Italia S.r.l. ha chiesto l'annullamento del provvedimento con cui è stata disposta la sua esclusione dalla gara 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 Punto Zero S.c.a.r.l.).

La gara, composta da 37 lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata espletata mediante piattaforma telematica di negoziazione, *ex art. 58 del Codice degli appalti*; la presente controversia si riferisce al lotto 1 (CIG 8732346FDE), del valore massimo stimato di euro 9.967.877,91.

1.1 - Trattandosi di gara telematica, la disciplina di gara (*Timing* di gara) prevedeva che, in una prima fase, le concorrenti dovessero caricare, sulla piattaforma telematica predisposta dalla stazione appaltante per il ricevimento

delle offerte, la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e il numero della marcatura temporale che era stata 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.

1.2 - La ricorrente ha precisato nel ricorso 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, ha appreso di aver superato la fase della valutazione delle offerte tecniche, ma nel contempo le è stato comunicato oralmente di essere stata esclusa dalla procedura di gara, non avendo caricato a sistema l'offerta economica già precedentemente firmata digitalmente e marcata temporalmente.

La ricorrente ha poi aggiunto di aver inviato, in data 31 gennaio 2022, l'istanza di riammissione e annullamento in autotutela della disposta esclusione, negativamente riscontrata dalla stazione appaltante in data 2 febbraio 2022.

2. - Con un unico articolato motivo di impugnazione, la ricorrente ha dedotto, in estrema sintesi, che l'esclusione comminata dalla stazione appaltante avrebbe violato, oltre al principio di trasparenza di cui all'art. 29 del Codice dei contratti pubblici, anche la *lex specialis*, il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, ed i principi dell'autovincolo e dell'interpretazione dei bandi di gara.

2.1 - Con il primo profilo di tale doglianza la ricorrente ha dedotto che, in base alla legge di gara, il mancato *upload* dell'offerta, già marcata temporalmente con l'apposizione del numero seriale, non sarebbe stato punito con l'esclusione, non rendendo incerta l'offerta né sul contenuto né

sulla sua provenienza, e non avrebbe neppure violato i principi di immodificabilità, integrità e di segretezza delle offerte.

Inoltre, la comunicazione a mezzo pec del 12 gennaio 2022 non sarebbe stato uno strumento idoneo per disporre l'esclusione del concorrente che non aveva caricato l'offerta nella finestra temporale dalla stessa nota indicata, in quanto le “*modalità*” della comunicazione avrebbero violato le previsioni della *lex specialis* di gara (cfr. art. 2 del Disciplinare di gara e art. 8 del Disciplinare telematico di gara) che 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, avrebbero dovuto essere effettuate tramite la “*piattaforma telematica impiegata per lo svolgimento della presente procedura*”.

2.2 - Ha poi aggiunto che le modalità di comunicazione utilizzate dalla stazione appaltante avrebbero violato i principi di buon andamento, giusto procedimento, trasparenza, pubblicità, ragionevole aspettativa e legittimo affidamento, nonché gli artt. 29 e 52 del Codice dei contratti pubblici, in quanto un simile termine avrebbe dovuto ricevere la stessa forma di pubblicità legale che avevano ricevuto gli altri termini espulsivi (per la marcatura e per il ricevimento della domanda di partecipazione).

La ricorrente, infatti, aveva evidenziato di non aver mai ricevuto una specifica comunicazione individuale, da parte 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, avere consapevolezza di essere tra le “*ditte ammesse al prosieguo della procedura di gara*” e, quindi, tra quelle che avrebbero dovuto caricare l'offerta economica per la loro apertura e valutazione.

2.3 - La parte ricorrente ha censurato, ancora, il “*contenuto*” della comunicazione, rilevando che la pec non aveva richiamato l'art. 8 del Disciplinare telematico di gara e le eventuali conseguenze della sua violazione, ma si era limitata a comunicare esclusivamente la data della prossima seduta di

gara e, in via del tutto incidentale, aveva precisato la possibilità di caricare l'offerta economica già in precedenza firmata e marcata; la comunicazione sarebbe stata, inoltre, priva di referente e, quindi, di firma, e da essa, non sarebbe stato possibile evincere neppure il lotto a cui era riferita, né il numero della procedura.

2.4 - 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 illegittima l'esclusione poi comminata, anche per violazione del principio del legittimo affidamento.

2.5 - Infine, la società ricorrente ha lamentato il mancato ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, peraltro, richiamato dalla stessa legge di gara all'art. 13 del Disciplinare di gara.

3. - Con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 11 marzo 2022, la società ricorrente ha impugnato la 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, in caso di impossibilità di ottenere il risarcimento in forma specifica mediante riammissione alla gara.

4. - Si sono costituite per resistere al ricorso la stazione appaltante e la società controinteressata Becton Dickinson Italia S.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso.

5. - Con la sentenza n. 591 del 22 luglio 2022 il TAR Umbria ha respinto il ricorso.

6. - Avverso tale decisione la società Greiner Bio-One Italia S.p.a. ha proposto appello, notificato e depositato il 27 ottobre 2022, contestando la decisione di primo grado che aveva rigettato i due motivi di impugnazione proposti.

6.1 - In data 4 novembre 2022 si è costituita in giudizio la stazione appaltante Punto Zero S.c.a r.l. che, con memoria del 9 gennaio 2023, ha replicato alle

doglianze proposte chiedendone il rigetto.

6.2 - In pari data si è costituita per resistere all'appello anche la controinteressata Becton Dickinson Italia S.p.a.

6.3 - Con memoria di replica, depositata il 13 gennaio 2023, l'appellante ha prodotto le proprie controdeduzioni alle tesi difensive della stazione appaltante.

7. - All'udienza pubblica del 26 gennaio 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

8. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

8.1 - Può prescindere dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità dell'appello, per genericità dei motivi di impugnazione, dedotta dalla appellata Punto Zero, tenuto conto dell'infondatezza, nel merito, dell'appello.

9. - Con il primo profilo di impugnazione l'appellante ha reiterato la sua prospettazione, disattesa dal TAR, secondo cui in base alla *lex specialis* di gara, soltanto in caso di “*mancato caricamento del numero seriale*” sarebbe stato possibile disporre l'esclusione del concorrente dalla gara; nel caso del mancato rispetto del termine previsto per l'*upload* dell'offerta, invece, non sarebbe stato possibile decretare l'esclusione, non essendovi negli atti di gara la previsione secondo cui il mancato rispetto di tale termine avrebbe potuto comportare l'esclusione dalla procedura.

9.1 - L'appellante ha poi aggiunto che, se il termine per l'esecuzione dell'*upload* fosse stato previsto a pena di esclusione, come nel caso della firma digitale e della marcatura, tale termine avrebbe dovuto essere comunicato con le stesse forme di pubblicità utilizzate per la pubblicazione degli atti di gara.

Ha quindi insistito nel sostenere che la stazione appaltante non avrebbe comunicato l'esito della valutazione dell'offerta tecnica, ledendo il suo legittimo affidamento (e quello di altre 5 concorrenti) anch'esse escluse per la medesima ragione (mancato *upload* dell'offerta economica entro i termini indicati).

9.2 - Il TAR avrebbe errato nel richiamare il principio di autoresponsabilità dei concorrenti, in quanto il comportamento colpevole della stazione appaltante avrebbe creato confusione, ed avrebbe leso il legittimo affidamento degli operatori economici partecipanti alla gara.

La *mail* inviata ai concorrenti sarebbe stata diretta ad informarli della seduta pubblica destinata alle “*ditte ammesse al prosieguo della procedura di gara*”; solo incidentalmente avrebbe fatto riferimento alle offerte economiche di chi era stato ammesso al prosieguo della gara.

Per tali ragioni l'appellante ha censurato la sentenza del TAR per non aver riconosciuto la rimessione in termini a causa dell'ambiguità della comunicazione della stazione appaltante, violando anche il principio del *favor participationis*.

10. - La doglianza dell'appellante non può essere condivisa.

Correttamente il TAR ha ritenuto che “*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”), 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*”.

Il Disciplinare telematico di gara, infatti, regolava in modo chiarissimo ed inequivocabile gli adempimenti che i singoli operatori erano tenuti ad effettuare, stabilendo termini perentori per il loro perfezionamento.

L'art. 8, punto 4, del Disciplinare di gara indicava come “*perentorio*” il termine “*ultimo*” di trasferimento sul Sistema dell'offerta economica; il *Timing* di gara, a sua volta, precisava come tale termine ultimo di *upload* sarebbe stato individuato in una “*data da definirsi notificata mediante successiva comunicazione*”.

Correttamente il primo giudice ha ritenuto che “*il Disciplinare di gara, al punto 21 espressamente prevedeva che “eventuali carenze documentali afferenti l'offerta tecnica o economica non potranno essere sanate con il ricorso al soccorso istruttorio e daranno seguito all'esclusione dalla gara*”: ciò rispondeva al principio di autoresponsabilità

dell'operatore economico, correttamente richiamato nella sentenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795; sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448; sez. V, 28 dicembre 2022, n. 11467).

In definitiva, è del tutto evidente che la mancata trasmissione dell'offerta economica entro i termini stabiliti non poteva che portare all'esclusione dalla gara.

10.1 - Va poi aggiunto che non può ritenersi sussistente la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto – come correttamente rilevato dalla stazione appaltante – tale principio va inteso nel senso che l'esclusione dalla gara va disposta anche nel caso in cui siano imposti “*adempimenti doverosi*” o introdotte, comunque, “*norme di divieto*” pur senza prevedere espressamente l'esclusione (Cons. Stato, A.P., 27 luglio 2016, n. 19; Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2019, n. 430).

In una procedura di gara, cadenzata da una tempistica stabilita negli atti di gara, risponde al principio della *par condicio* l'obbligo del rispetto di tale previsione da parte di tutti i concorrenti; in una gara telematica, quale quella in questione, il caricamento dell'offerta economica costituisce un passaggio essenziale della procedura (Cons. Stato, Sez. V, 24 giugno 2020, n. 4031), equiparabile, secondo lo schema delle gare tradizionali, alla presentazione della busta contenente l'offerta economica entro un certo termine.

11. - Quanto al secondo profilo, diretto a contestare le modalità con cui è stata comunicata la finestra temporale, durante la quale gli operatori avrebbero potuto accedere al caricamento delle rispettive offerte, la sentenza di primo grado risulta immune da vizi.

Come ha condivisibilmente ritenuto il giudice di prime cure “*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”.

Occorre aggiungere che l'art. 8 del Disciplinare Telematico prevedeva che il termine ultimo di *upload* sarebbe stato indicato dal “Sistema”; tale nozione corrisponde alla piattaforma Net4Market, come avvenuto nel caso di specie. Non era previsto, come infondatamente sostenuto dall'appellante, alcun obbligo di pubblicazione nel portale di un avviso di apertura della fase di *upload*, in quanto la *lex specialis* (trattandosi di gara telematica) aveva previsto esclusivamente la comunicazione di inizio e fine *upload* tramite la piattaforma Net4Market con l'invio di una pec.

Peraltro, come ha correttamente rilevato la stazione appaltante, questa modalità è stata la stessa utilizzata per tutte le comunicazioni in corso di gara.

11.1 - L'appellante ha anche contestato l'idoneità della comunicazione a garantire il fine al quale era destinata, sostenendo che tale comunicazione non sarebbe stata univoca nel contenuto, ed avrebbe indotto in errore alcuni concorrenti, tra i quali anche l'appellante.

Tale censura è stata respinta dal TAR con una motivazione persuasiva, secondo cui:

“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@aospertni.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...».

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)».

A quanto premesso è opportuno aggiungere che, come già precisato, non sussisteva, in base alla legge di gara, l'obbligo di comunicare l'ammissione dell'offerta tecnica; tale obbligo non è previsto, peraltro, neppure dal codice dei contratti pubblici.

Peraltro, come sottolineato dal TAR, alla seduta pubblica del 2 dicembre 2012, nella quale erano state comunicate le ammissioni/esclusioni, era presente il rappresentante della società appellante e, pertanto, aveva avuto piena conoscenza dell'avvenuta ammissione in gara della società da lui rappresentata.

11.2 - L'asserita aspettativa di ricevere una differente comunicazione rispetto a quella del 12 dicembre 2022, tanto da indurre in errore l'operatore economico circa l'obbligo di effettuare l'*upload* entro i termini indicati con tale pec, non trova fondamento, quindi, né nella *lex specialis*, né nella normativa nazionale: ne consegue che il mancato caricamento dell'offerta economica sulla piattaforma del sistema è imputabile alla sola appellante.

Non sussistono, dunque, i presupposti per riconoscere l'errore scusabile e la rimessione in termini, come richiesto in giudizio.

11.3 - Trattandosi di offerta economica, in base alle previsioni della *lex specialis* ed in base a quanto stabilito dal codice dei contratti, non si poteva far ricorso al soccorso istruttorio.

La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che “*Nel caso di incompletezza e indeterminatezza dell'offerta è esclusa la possibilità di ricorso al cd. soccorso istruttorio, in forza della chiara previsione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 che non prevede il ricorso nelle ipotesi di irregolarità e incompletezza dell'offerta economica, oltre che per sanare le carenze degli elementi sostanziali della medesima*” (cfr., da ultimo, Cons. Stato Sez. III, 8 novembre 2022, n. 9789; Cons. Stato Sez. III, 21 marzo 2022, n. 2003).

Il rimedio del soccorso istruttorio è volto sì a dare rilievo ai principi del *favor participationis* e della semplificazione, all'interno, però, di limiti rigorosamente determinati, come quello discendente dal principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione: «*nelle gare pubbliche la radicalità del vizio dell'offerta non consente l'esercizio del soccorso istruttorio che va temperato con il*

principio della parità tra i concorrenti, anche alla luce dell'altrettanto generale principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti» (C.d.S., Sez. V, nn. 4645/2016 e 627/2016)” (Cons. Stato, sez. III, 28.7.2020, n. 4795).

Ogni diversa soluzione, infatti, si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio delle pubbliche gare che impone di garantire la parità di trattamento e la non discriminazione (“*par condicio*”), fra tutti i partecipanti.

12. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto.

13. - Le spese del grado di appello seguono la soccombenza con riferimento alla stazione appaltante e sono liquidate come in dispositivo; vanno invece compensate le spese nei confronti della controinteressata Becton Dickinson Italia S.p.a. che si è limitata alla mera costituzione formale e non ha svolto attività difensiva.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante a rifondere alla appellata Punto Zero S.c.a r.l. le spese e gli onorari del grado di appello che liquida in complessivi € 4.000,00 oltre accessori di legge; compensa le spese nei confronti della controinteressata Becton Dickinson Italia S.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Stefania Santoleri

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO