

Pubblicato il 02/03/2021

N. 01773/2021REG.PROV.COLL.

N. 08701/2020 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 8701 del 2020, proposto da New Tech s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Riccardo Leonardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Lanciano - Vasto – Chieti 2, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Diego De Carolis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Antonio Pellecchia s.r.l., non costituita in giudizio;

Studio Pacinotti s.r.l., non costituita in giudizio;

Activa s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 208 del 2 luglio 2020 del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, sez. I, resa tra le parti, che ha respinto il

ricorso per l'annullamento, previa sospensione degli effetti, della lettera prot. 37705-CH del 12 luglio 2019, a firma del r.u.p., dott. Pierluigi Galassi, trasmessa via pec in pari data, con la quale è stata comunicata, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b), del d. lgs. n. 50 del 2016 e smi., la formale esclusione della ricorrente dalle voci di prodotto F e G perché l'offerta economica è stata ritenuta irregolare ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016 nonché di ogni altro connesso e conseguente.

visto l'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 Lanciano - Vasto - Chieti;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2021 il Consigliere Massimiliano Noccelli, mentre nessuno è comparso per le parti, che non hanno chiesto di discutere oralmente la causa da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante New Tech s.r.l. ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, chiedendone l'annullamento, la sua esclusione dalla procedura indetta con deliberazione del D.G. n. 84 del 17 gennaio 2019 dall'Azienda Sanitaria Locale Lanciano-Vasto-Chieti – di qui in avanti, per brevità, l'Azienda – per la conclusione di un accordo quadro di durata quadriennale dell'importo di € 4.548.800,00 da stipularsi con più operatori

economici per la fornitura di bioprotesi aortiche transcateretere e relative voci, suddivise in 10 voci ad aggiudicazioni separate.

1.1. La società ricorrente in prime cure ha esposto di aver partecipato alla predetta procedura limitatamente ai lotti F, G ed I, di essere stata ammessa al confronto concorrenziale, quanto ai lotti F e G, riportando per l'offerta tecnica il punteggio di 67.78 per il Lotto G e di 70,00 per il Lotto I, e di essere stata esclusa come da comunicazione prot. 37705-CH del 12 luglio 2019 perché, nella seduta del 30 maggio 2019 destinata all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, la Commissione aveva riscontrato che all'interno della busta relativa al lotto F era stata inserita l'offerta economica del lotto G e viceversa.

1.2. Essa ha quindi dedotto l'illegittimità del provvedimento di esclusione impugnato per la violazione e l'errata applicazione dell'art. 59, comma 3, lett. b), del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 19 della *lex specialis* di gara, la violazione degli artt. 1337 e 1362 c.c., l'eccesso di potere per contraddittorietà e travisamento, la violazione dei principi in tema di soccorso istruttorio ed interpretazione delle offerte, dell'art. 30, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 e degli artt. 1431 e 1433 c.c., l'eccesso di potere per violazione del principio di *favor participationis*, lo sviamento di potere e l'ingiustizia manifesta.

1.3. La ricorrente in prime cure ha sostenuto che il formalismo che caratterizza le procedure ad evidenza pubblica è ammissibile nei limiti in cui favorisce la speditezza delle operazioni di gara, ma non può condurre all'esclusione di un concorrente per un mero errore nella distribuzione del materiale tra le diverse buste che compongono l'offerta, dovendo in tal caso prevalere il principio della massima partecipazione che consente l'esclusione solo se l'inesatta composizione delle buste abbia determinato incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta.

1.4. Nel caso di specie l'apertura delle offerte economiche è avvenuta simultaneamente nella medesima seduta pubblica del 30 maggio 2019, sicché

sarebbe esclusa qualsiasi ipotetica violazione del principio di segretezza in ragione della cognizione unitaria delle stesse.

1.5. L'irregolarità dell'inserimento delle buste è stata immediatamente percepita dalla Commissione come un mero errore materiale, in ragione dell'esplicito richiamo nel contenuto dell'offerta alla voce di riferimento, per cui la esclusione impugnata appare abnorme e sproporzionata.

1.6. Le offerte formulate dalla ricorrente per le voci F e G erano chiare e precise, prive di errori di calcolo, ma solo erroneamente scambiate nelle buste, per una mera disattenzione, che, al pari di un errore di calcolo, non avrebbe inficiato in alcun modo la proposta economica e poteva essere agevolmente sanata, specie considerando che per il Lotto G non vi era alcun soggetto che potesse avvantaggiarsi dell'esclusione dato che la ricorrente era l'unico operatore ammesso in gara.

1.7. Sulla base di tali motivi New Tech s.r.l. ha concluso in primo grado per l'accoglimento del ricorso, con l'annullamento del provvedimento di esclusione e la declaratoria di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati, per le forniture delle voci F e G, tra l'Azienda e le controinteressate sussistendo i presupposti del subentro, con subordinata richiesta di risarcimento del danno emergente, del lucro cessante e del danno curriculare conseguiti all'illegittimo comportamento dell'amministrazione, il tutto con vittoria di spese di giudizio.

1.8. Si è costituita nel primo grado del giudizio l'Azienda, con memoria del 9 ottobre 2019, per opporsi al ricorso, di cui ha chiesto il rigetto.

1.9. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha respinto l'istanza cautelare della ricorrente con l'ordinanza n. 141 del 14 ottobre 2019, riformata in sede di appello cautelare da questo Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 444 del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 55 comma 10 ai soli fini della sollecita definizione del giudizio nel merito.

1.10. Con motivi aggiunti depositati il 2 marzo 2020 la società ricorrente ha impugnato sempre avanti al medesimo Tribunale, per vizi di illegittimità derivata, la deliberazione n. 42 del 16.01.2020 di approvazione della proposta di aggiudicazione quanto al lotto G.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha respinto il ricorso proposto da New Tech s.r.l. con la sentenza n. 208 del 2 luglio 2020.

2.1. Il primo giudice ha premesso che la gara si articolava in una pluralità di 10 voci di prodotto all'interno di una gara per lotti distinti e separati, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016, previa valutazione di rispondenza alle specifiche tecniche riportate nel capitolato.

2.2. L'importo dell'accordo quadro era determinato dalla somma dei singoli contratti ordinativi di fornitura per tutte le voci di prodotto oggetto di gara di valore in ogni caso non superiore, nel periodo quadriennale di durata contrattuale, all'importo di € 4.548.800,00, da fornire secondo le condizioni contrattuali concordate, secondo le modalità del conto deposito e della somministrazione.

2.3. L'accordo quadro non fissava i quantitativi di fornitura per ciascuna voce oggetto di gara ma solo per ciascuna di esse prezzo e tipologia, dato che i quantitativi restavano dipendenti dalle esigenze delle strutture utilizzatrici.

2.4. Il provvedimento di esclusione gravato da New Tech s.r.l. è motivato in ragione di un'irregolare compilazione delle offerte economiche presentate dalla ricorrente per i lotti F e G, le quali, per un incontestato errore materiale, sono state scambiate, dato che ciascuna contiene elementi relativi all'altro lotto in quanto non inserite ciascuna nella busta corrispondente al lotto cui si riferiva.

2.5. Infatti la società ricorrente, che ha partecipato per i Lotti F, G ed I – restando esclusa dal Lotto I per non aver raggiunto il punteggio minimo dell'offerta tecnica

– nella compilazione dell’offerta economica relativa al lotto F ha, in sostanza, inserito la busta relativa all’offerta economica relativa al lotto G e viceversa.

2.6. Secondo la tesi di New Tech s.r.l. la difformità emergente sarebbe riconducibile ad un mero errore materiale ininfluenza ai fini della valutazione dell’ammissibilità dell’offerta.

2.7. Ma la sentenza qui impugnata ha osservato, innanzitutto, che, nonostante l’unicità della procedura (sorretta evidentemente dallo scopo di accorpate lo svolgimento delle procedure di appalto aventi il medesimo oggetto, con conseguente economia di azione), le forniture oggetto dell’appalto sono distinte e separate, posto che la diversità dell’oggetto materiale delle stesse rende le rispettive prestazioni completamente autonome.

2.8. La riprova più semplice sarebbe data dalla circostanza che, in base alla disciplina di gara, sarebbe stato ben possibile che un concorrente proponesse l’offerta in relazione ad uno solo dei lotti da assegnare, per cui, pur nell’unicità dello svolgimento della gara, non può dubitarsi in ordine alla separatezza delle singole offerte relative a ciascun lotto.

2.9. Di qui conseguirebbe, secondo la sentenza impugnata, che l’errore consistito nello scambio delle buste delle offerte economiche costituisce indubbiamente un’irregolarità essenziale nella formulazione della domanda, che non rispondeva allo schema tipico prescritto a pena di esclusione dall’art. 15 del disciplinare di gara, la cui irregolarità imponeva alla Commissione di procedere alla esclusione ai sensi dell’art. 19 del disciplinare medesimo e dell’art. 59, comma 3, lettera a), del d. lgs. n. 50 del 2016.

2.10. Si sarebbe trattato, a dire del primo giudice, di un’ipotesi di irregolarità essenziale identificabile quale *aliud pro alio* ossia della carenza essenziale di un elemento della offerta, dal momento che vi è stata una sostituzione dell’offerta economica.

2.11. Il caso in esame non potrebbe essere ricondotto alla casistica in cui la giurisprudenza amministrativa ed eurounitaria riconoscono la facoltà della stazione appaltante di richiedere chiarimenti al concorrente in gara sull'offerta tecnica o economica che sono ritenuti ammissibili solo laddove necessari al fine di enucleare l'effettiva volontà del concorrente, oppure per superare eventuali ambiguità o scarsa chiarezza sul contenuto dell'impegno contrattuale, o anche per superare inconvenienti emersi circa l'ottemperanza a prescrizioni di gara rivelatesi ambigue.

2.12. Allo stesso modo, quanto alla facoltà della stazione appaltante di procedere alla rettifica di un "errore manifesto" tramite soccorso istruttorio, per "manifesto" deve intendersi indubbiamente un errore intrinseco alla medesima offerta e non estrinseco alla medesima ossia che non richieda di essere sanato *aliunde, ab externo*, come nella specie, tramite sostituzione del documento contenuto nella busta.

2.13. Nella fattispecie in esame, a ben vedere, l'attività che si richiederebbe di espletare alla stazione appaltante non era la richiesta all'operatore di intervenire a chiarimento di un'offerta risultata affetta da un errore manifesto, nell'ottica di un rapporto di leale collaborazione con il concorrente, ma di procedere alla collocazione delle offerte nelle rispettive buste di pertinenza, ossia un'attività ufficiosa che non richiedeva nemmeno l'intermediazione dell'operatore economico interessato e che la Commissione avrebbe dovuto effettuare in autonomia secondo uno schema che, appunto, nemmeno avrebbe potuto inquadarsi nell'ambito del soccorso istruttorio propriamente detto.

3. Avverso tale sentenza, che ha respinto il ricorso sulla base delle argomentazioni sin qui riassunte, ha proposto appello New Tech s.r.l., articolando tre motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con il conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

3.1. Si è costituita l'Azienda appellata per resistere al gravame, di cui ha chiesto la reiezione.

3.2. Nell'udienza pubblica dell'11 febbraio 2020 il Collegio, sulla base degli scritti difensivi, ha trattenuto la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020.

4. L'appello è fondato.

5. Preliminarmente, quanto al persistente interesse di New Tech s.r.l. alla proposizione dell'appello nonostante l'affermata integrale esecuzione dei contratti *medio tempore* stipulati dall'Azienda, interesse posto in dubbio dall'Azienda nei propri atti difensivi, si deve ritenere che detto interesse sussiste, in quanto l'appellante ha chiesto di poter subentrare nel rapporto, previa declaratoria di inefficacia del rapporto, e comunque il risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione della gara in riferimento ai due lotti.

5.1. L'affermata integrale esecuzione del contratto da parte della stazione appaltante non priva certo il concorrente illegittimamente escluso dalla gara del diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito per non aver potuto ottenere la commessa, laddove la sua offerta fosse risultata migliore o, addirittura, la sola ammessa.

6. Ciò premesso, e venendo al merito delle censure qui proposte, correttamente New Tech s.r.l. ha dedotto, con il primo motivo che ha carattere assorbente (pp. 8-16 del ricorso), che il formalismo che caratterizza le procedure ad evidenza pubblica è ammissibile e anzi necessario nei limiti in cui favorisce la speditezza e l'ordinato svolgimento delle operazioni di gara, ma non può mai condurre all'esclusione di un concorrente per un semplice errore nella distribuzione delle buste che compongono l'offerta, dovendo in tal caso prevalere il principio della massima partecipazione e potendosi consentire, quindi, un provvedimento di esclusione solo qualora l'inesatta composizione delle buste determini l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o il difetto di un elemento essenziale di questa.

6.1. Ora, nel caso di specie, all'apertura della busta F la Commissione giudicatrice ha rilevato che all'interno era presente l'offerta economica relativa al prodotto G, pari

ad € 29.800,00, al punto che essa soprassedeva temporaneamente al suo esame in attesa di aprire la busta G, proprio nella ragionevole convinzione che all'interno fosse presente l'offerta presente al prodotto F, attesa la partecipazione dell'odierna appellante ai soli due lotti F e G.

6.2. E tanto si è puntualmente verificato perché la Commissione, nella stessa seduta di gara, ha potuto verificare nella busta G, aperta a distanza di qualche minuto, la presenza dell'offerta relativa al lotto F, pari ad € 51.800,00.

6.3. Non vi è dubbio ed è incontestato dalla stessa Azienda appellata, sul piano fattuale, che si sia trattato di mero scambio documentale, frutto di un errore materiale da parte dell'offerente, e immediatamente verificabile e verificato dalla Commissione, che avrebbe potuto provvedere alla rettifica senza con ciò alterare in nessun modo il contenuto sostanziale delle offerte, ma anzi ripristinando la dovuta corrispondenza tra la busta e il suo contenuto.

6.4. Un simile intervento mai sarebbe stato lesivo della *par condicio* dei concorrenti perché qualsiasi concorrente, che avesse commesso un simile errore nello scambio di buste, avrebbe invocato il medesimo semplice, lineare, immediato intervento di rettifica in proprio favore per ripristinare la corrispondenza tra il contenuto dell'offerta e l'involucro contenente, senza che tale attività potesse generare alcun dubbio sul contenuto dell'offerta in rapporto all'uno o all'altro lotto.

6.5. Questo Consiglio di Stato ha sul punto chiarito che l'errore materiale direttamente emendabile è quello percepibile *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto, senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente ricostruibile da chiunque (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978).

6.6. La rettifica di eventuali errori è considerata ammissibile a condizione che si tratti di correzione di errore materiale, necessariamente riconoscibile, e che non si sostanzi in operazioni manipolative e di adattamento dell'offerta, risultando altrimenti violati la *par condicio*, l'affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza,

con conseguente necessità di prevenire possibili controversie sull'effettiva volontà dell'offerente (v., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 20 marzo 2020, n. 1998, Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889; Cons. St., sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592).

6.7. L'errore materiale, infatti, consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere *ictu oculi*.

6.8. Ha perciò errato la sentenza impugnata nel ritenere che l'intervento della Commissione sarebbe stato manipolativo e avrebbe modificato nel contenuto, sul piano sostanziale, l'offerta, per avere esso implicato un'operazione *ab externo*, mentre esso si configurava solo come una doverosa operazione di rettifica in presenza di un errore materiale agevolmente riconoscibile e incontestabile.

7. Di qui, per le assorbenti ragioni esposte, l'illegittimità dell'esclusione disposta dalla Commissione, con la invalidità degli atti derivati e, in particolare, della proposta di aggiudicazione n. 42 del 16 gennaio 2020, quanto al lotto F, mentre la gara per il lotto G, dopo l'illegittima espulsione dell'odierna appellante, è andata deserta.

7.1. Deve essere privilegiato, sul piano degli effetti conseguente alla presente pronuncia, il risarcimento in forma equivalente di New Tech s.r.l., ai sensi dell'art. 124 c.p.a., con la conseguente declaratoria di inefficacia dei contratti già stipulati, laddove essi non siano già stati interamente eseguiti.

7.2. La stazione appaltante procederà al rinnovo delle operazioni di gara a partire dal momento della illegittima esclusione di New Tech s.r.l. e rivaluterà ora per allora, quanto al lotto F, l'offerta di questa in comparazione con le altre ammesse, aggiudicando la gara a questa ove risulti la migliore, mentre valuterà il diritto all'aggiudicazione della gara all'odierna appellante, quanto al lotto G, qualora ne sussistano ancora nell'attualità i presupposti, previe ovviamente le verifiche di legge.

7.3. Laddove per ragioni sopravvenute, imputabili alla condotta della sola stazione appaltante, non fosse possibile procedere al subentro dell'odierna appellante

nell'esecuzione delle forniture che, a dire dell'Azienda, sarebbero state già interamente eseguite – v., da ultimo, pp. 2-3 delle note di udienza depositate dall'Azienda – l'Azienda stessa provvederà, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., al risarcimento del danno nei confronti di New Tech s.r.l., formulando una proposta che tenga conto del solo danno subito per effetto della mancata aggiudicazione, consistente nell'utile effettivo ritraibile dall'esecuzione della commessa, non essendo stata offerta alcuna prova di danno curricolare (v. Cons. St., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803), ed escluse, altresì, le spese di partecipazione comunque necessarie per la partecipazione alla gara, entro centoventi giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza.

8. Le spese del doppio grado del giudizio, stante l'eccezionalità della vicenda, possono essere interamente compensate tra le parti.

8.1. L'Azienda, stante la soccombenza sul piano sostanziale, dovrà tuttavia rimborsare a New Tech s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti in primo grado nonché per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da New Tech s.r.l., lo accoglie e per l'effetto, in integrale riforma della sentenza n. 208 del 2 luglio 2020 del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, annulla i provvedimenti impugnati.

Dispone circa la sorte dei contratti eventualmente stipulati e delle conseguenze risarcitorie ai sensi di cui in parte motiva.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Condanna l'Azienda Sanitaria Locale n. 2 – Lanciano Vasto Chieti a rimborsare in favore di New Tech s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti in primo e dell'appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021, con
l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO