

TAR Emilia Romagna, sez. I, 19.7.2023 n. 465

Massime (segue testo)

<< la giurisprudenza ammette la possibilità per la stazione appaltante di chiedere ulteriori chiarimenti, nel caso quelli forniti siano stati ritenuti non esaustivi, ma non è questo il caso, dal momento che, in esito al soccorso istruttorio, è stata inviata solo una copia di quanto già in atti e non anche della nuova documentazione rispetto a cui sarebbe stato ammissibile un secondo approfondimento. Nella fattispecie, dunque, ammettere la possibilità dell'assegnazione di un ulteriore termine equivarrebbe ad integrare una violazione della par condicio dei concorrenti e una frustrazione dello scopo della norma>>

Pubblicato il 19/07/2023

N. 00465/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00264/2023 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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 264 del 2023, proposto da Eu Kon S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampaolo Austa e Giulio Rivellini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Intercent-Er - Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini e Roberto Bonatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Emilia Romagna, non costituita in giudizio;

nei confronti

Biosensors International Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina di aggiudicazione Intercenter-ER n. 191 del 16 marzo 2023 (DIC/2023/193) pubblicata e comunicata il 20 marzo 2023;

- della proposta di aggiudicazione Intercenter-ER n. 29 del 16 gennaio 2023 (DIC/2023/29);

per quanto di ragione e ove occorrer possa:

- di tutti i verbali di gara relativi all'ammissione e alla valutazione dell'offerta della Biosensors International Italia S.r.l. di cui al lotto n. 2 e, segnatamente, dei verbali del 22.12.2022, 30.01.2023, 8.02.2023, 16.02.2023, 1.03.2023 e 10.03.2023;

- del riscontro all'istanza di annullamento e/o revoca in autotutela del RUP del 30.03.2023 e del 14.04.2023; - di eventuali verbali della Commissione giudicatrice (se) convocata dal RUP per la verifica sulla corretta attribuzione del punteggio di cui al criterio n. 12 a Biosensors International Italia S.r.l.;

- del Disciplinare di gara della procedura aperta per la fornitura di valvole aortiche percutanee 3^a edizione nella parte relativa alle modalità di espletamento del soccorso istruttorio, se interpretate in violazione dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016;

- di ogni ulteriore atto o provvedimento, comunque denominato e connesso ai precedenti;

e per l'accertamento

dell'inefficacia dell'Accordo quadro eventualmente stipulato tra Intercenter-ER e Biosensors International Italia S.r.l. e dei relativi ordini di fornitura/servizio eventualmente intervenuti, manifestando sin d'ora la disponibilità al subentro nel contratto e negli ordini di fornitura;

nonché del diritto della Ricorrente di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto come terza in graduatoria, la sottoscrizione dell'accordo quadro e l'esecuzione del 10% della fornitura di cui al lotto 2;

in subordine, del diritto al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e *subendi* come conseguenza dell'illegittima aggiudicazione e/o esecuzione, nella misura che verrà determinata in corso di causa o, in ulteriore subordine, da determinarsi anche in via equitativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-Er - Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici e di Biosensors International Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2023 la dott.ssa Mara Bertagnoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente si è posizionata al quarto posto di una graduatoria stilata da Intercenter in esito a una gara che prevedeva l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del lotto 2 relativo alla fornitura di valvole aortiche percutanee (e cioè quello relativo alle "Valvole aortiche percutanee con funzionamento sovranulare per il trattamento della stenosi aortica"). In base all'art. 15 del disciplinare di gara, era prevista la stipula, da parte di Intercenter, di un accordo quadro con i primi tre operatori economici utilmente collocati in graduatoria, prevedendo l'affidamento della fornitura del 65% del fabbisogno totale del lotto al primo classificato, del 25% al secondo e del 10% al terzo. La ricorrente aspira, dunque, all'aggiudicazione della fornitura del 10 % come

operatore terzo qualificato, deducendo, a tal fine, l'illegittimità della collocazione in tale posizione della controinteressata Biosensor.

Secondo quanto dedotto in ricorso, gli atti di gara sarebbero illegittimi, nella parte in cui hanno individuato come operatore classificato in terza posizione in graduatoria per la sottoscrizione dell'accordo quadro l'odierna controinteressata, in luogo della ricorrente, per le seguenti ragioni di diritto:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15.1 del Disciplinare di gara recante i "Criteri di valutazione dell'offerta tecnica" segnatamente al lotto 2, criterio n. 12 e conseguente eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria. Poiché la controinteressata ha ottenuto un punteggio di soli 1,12 punti superiore a quello della ricorrente, quest'ultima lamenta l'ingiusta qualificazione come terzo fornitore della controinteressata dovuto alla non corretta attribuzione del punteggio relativo al criterio 12 e cioè la fornitura di dispositivi che garantiscono "una percentuale di rilascio a cui la valvola è completamente ricatturabile", prevedendo l'attribuzione di 5 punti nel caso di ricatturabilità inferiore all'80% e 8 punti nel caso di ricatturabilità pari o superiore all'80%. L'assenza del requisito della ricatturabilità avrebbe dovuto determinare il punteggio 0: ciò che, invece, non è accaduto nel caso di specie, nonostante la valvola offerta da Biosensor fosse "recuperabile" (previa estrazione dal paziente e reimpianto) e non "ricatturabile". A tutto concedere, volendo valorizzare il secondo studio allegato dalla controinteressata, la valvola in questione potrebbe, al più, avere una ricatturabilità al 70 % e, quindi, ciò avrebbe dovuto comportare l'attribuzione di 5 punti, in luogo di 8;

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del. d.lgs. 50/2016. Violazione del termine perentorio di conclusione del subprocedimento del soccorso istruttorio (10 giorni). Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere per contraddittorietà. In tali vizi sarebbe incorsa la stazione appaltante nel concedere

un nuovo termine (e, quindi, complessivamente, 20 giorni di tempo, in luogo di 10) per la produzione della garanzia provvisoria conforme alla legge e alla *lex specialis* (e cioè comportante la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944, la rinuncia ad eccepire la decorrenza dei termini di cui all'art. 1957, secondo comma, del cc e la sua operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta dell'Agenzia). Nel rispetto del primo termine, infatti, era stata prodotta una garanzia priva dei requisiti suddetti e la stazione appaltante, anziché escludere la potenziale aggiudicataria, ha assegnato alla stessa un ulteriore termine per la produzione della necessaria garanzia. L'esclusione, invece, avrebbe dovuto essere disposta a prescindere dal fatto che il requisito fosse posseduto o meno, in ragione del solo mancato adempimento dell'obbligo formale nel termine perentorio assegnato;

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del d.lgs. 50/2016, in quanto la controinteressata avrebbe comunque dichiarato il falso laddove ha attestato "la bioprotesi ALLEGRA è completamente ricatturabile ad una percentuale di rilascio del 80%". Tale falsa dichiarazione avrebbe dovuto essere qualificata come grave illecito professionale e per ciò stesso avrebbe dovuto condurre all'esclusione della concorrente.

Parte ricorrente ha, quindi, chiesto di annullare l'aggiudicazione e l'accordo quadro eventualmente sottoscritto, al fine di consentire il suo subentro nella fornitura, ovvero, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente, pari al mancato utile di commessa, ai costi sopportati per partecipare alla gara e alla perdita di *chance* di aggiudicazione dell'appalto e al conseguente danno *curriculare*.

La stazione appaltante, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle censure 1 e 3, in quanto essa avrebbe correttamente osservato le regole della buona amministrazione, verificando la corrispondenza di quanto attestato a quanto dichiarato nelle schede tecniche del produttore, le quali debbono essere redatte

secondo specifiche regole tecniche che ne assicurano l'attendibilità. Si tratterebbe, in sostanza, di un'assunzione di autoresponsabilità da parte del fabbricante. Dunque, la dichiarazione relativa al fatto che "la bioprotesi ALLEGRA è completamente ricatturabile ad una percentuale di rilascio del 80%" – in quanto proveniente dal fabbricante e non dal concorrente che offre il prodotto in gara - sarebbe stata legittimamente ritenuta idonea a dimostrare il requisito richiesto.

Quanto al soccorso istruttorio, la stazione appaltante ha confermato che esso ha riguardato la polizza della cauzione provvisoria, che era priva di alcune clausole richieste dal bando. La prima risposta all'integrazione documentale è risultata inidonea, in quanto la concorrente avrebbe erroneamente ritenuto di aver già depositato gli allegati alla polizza contenenti le clausole richieste e, quindi, ha nuovamente inviato la cauzione già prodotta che, però, in allegato, riportava i patti aggiunti da valere tra assicurato e assicuratore, e non invece l'allegato destinato al garantito. Di tale erroneo adempimento (avvenuto sette giorni prima della scadenza del termine assegnato) il RUP si è avveduto solo il giorno successivo alla scadenza e, ritenendo di poter assegnare alla concorrente un ulteriore termine, ha chiesto una nuova produzione cui la concorrente ha provveduto *ad horas*, nella stessa giornata.

Anche parte ricorrente ha eccepito l'infondatezza del ricorso, affermando che non possono esservi dubbi sulla ricatturabilità della valvola offerta, essendo tale circostanza dimostrata dalla documentazione tecnica depositata. Quanto alla percentuale di recuperabilità, il documento elaborato da New Valve Technology GmbH - denominato "1_V00859_Report stent frame opening in Permaflow and after Inflow release ALLEGRA THV_01.00" (doc. 2) all'esito di test eseguiti in vitro, ma soprattutto delle valutazioni cliniche effettuate sull'osservazione in vivo - darebbe conto del fatto che "la valvola aortica si apra al 90% della sua configurazione completamente distaccata e come, a questo punto, la stessa valvola

sia completamente “ricatturabile” (ultimo paragrafo di pag. 7 della memoria della controinteressata).

Per converso, del tutto inutile sarebbe lo studio clinico n. 1, richiamato da controparte, il quale sarebbe stato condotto su una tematica diversa rispetto a quella oggetto del *thema decidendum* del presente giudizio, rappresentata dalla specificazione della percentuale di rilascio alla quale la valvola aortica è completamente ricatturabile.

Dopo il rigetto della misura cautelare, confermato dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2368/2023, in vista dell’udienza pubblica, la ricorrente ha replicato alle difese delle parti resistenti, sostenendo che la *lex specialis* prevedeva che non tutti, ma soltanto i requisiti tecnici minimi potessero essere provati anche con dichiarazioni o documentazione tecnica ulteriore rispetto alla Scheda tecnica. Quindi, il requisito premiale della ricatturabilità all’80 % avrebbe dovuto essere dimostrato dalla scheda tecnica, mentre in nessuna parte della Scheda tecnica depositata da Biosensors si affermerebbe, secondo la ricorrente, che il dispositivo è ricatturabile, né tantomeno fino all’80%. Al contrario, lo stesso “studio 1” prodotto dalla ricorrente avrebbe accertato la ricatturabilità al 70 %, mentre la scheda tecnica parlerebbe solo della possibilità di riposizionamento durante la fase di rilascio. Dunque, secondo la ricorrente, la stazione appaltante avrebbe illegittimamente dato per buona la dichiarazione del produttore, senza accertare la corrispondenza con la scheda tecnica.

Quanto al soccorso istruttorio, invece, parte ricorrente ha richiamato la giurisprudenza secondo cui: <<Il termine concesso dalla stazione appaltante per il soccorso istruttorio ha natura perentoria e impone la sanzione espulsiva “quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale” (Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16).>>.

Stazione appaltante e controinteressata hanno riproposto quanto già precedentemente eccepito, insistendo per il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 12 luglio 2023, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso, come sopra articolato, può trovare accoglimento nella parte in cui tende all'esclusione dalla gara della ricorrente.

Invero, non con riferimento a quanto dedotto nella terza censura, non può, infatti, ritenersi che la controinteressata, nel produrre la documentazione del fabbricante del prodotto offerto, abbia commesso un grave illecito professionale, dal momento che l'eventuale non veridicità di tale dichiarazione, anche laddove fosse accertata, non potrebbe che essere imputata al fabbricante stesso, responsabile degli accertamenti tecnici sottesi.

Appare, invece, fondata la seconda censura, volta a far valere l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara dell'odierna controinteressata a causa della mancata produzione, entro il termine perentorio assegnato per dare riscontro al soccorso istruttorio, della parte della cauzione provvisoria contenente le clausole mancanti all'atto della presentazione dell'offerta.

Benché il mancato invio della stessa possa essere riconducibile a un errore materiale (il che non è nemmeno revocato in dubbio) la violazione del termine perentorio doveva necessariamente condurre all'esclusione dalla gara della concorrente, in applicazione del principio da tempo ormai costantemente affermato dalla giurisprudenza.

Secondo il consolidato orientamento del giudice amministrativo, infatti, «Il termine assegnato dalla stazione appaltante al concorrente in sede di soccorso istruttorio è perentorio, con la conseguenza che è legittima l'esclusione dalla gara in caso di mancato rispetto del medesimo: è quanto ribadito dal Consiglio di Stato,

sez. IV, nella sent. 22 dicembre 2022, n. 11250. Pertanto, “appurata la violazione del termine per la necessaria integrazione documentale richiesta, va escluso che il dedotto possesso sostanziale dei requisiti, così come l’anteriorità rispetto al suddetto termine dei relativi documenti dimostrativi possano valere a impedire l’esclusione del concorrente inadempiente.” (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 29 maggio 2019, n. 3592). ...omissis.... Il mancato riscontro della società controinteressata alla richiesta di integrazione documentale in questione non può, dunque, essere superato dalla disposizione della *lex specialis* che consentiva alla stazione appaltante di chiedere eventuali integrazioni documentali agli operatori economici partecipanti alla gara..... Risulta, dunque, necessario procedere a una esegesi rigorosa delle disposizioni che disciplinano il potere di soccorso istruttorio, in quanto laddove si consentisse alla stazione appaltante di non rispettare i vincoli, anche di carattere temporale, imposti dal legislatore ai fini del suo esercizio, si finirebbe per violare uno dei principi cardine delle procedure di gara, ossia quello della *par condicio* tra i concorrenti, con la conseguenza che l’azione pubblicistica verrebbe a porsi in contrasto con i canoni della imparzialità e del buon andamento, dando luogo a una non consentita disapplicazione della *lex specialis* e comportando l’elusione dei termini decadenziali cui sono *naturaliter* assoggettate le procedure evidenziali.>> (così la sentenza TAR Lazio Roma, Sez. III, 17.11.2022, n. 15232). Gli stessi principi si ritrovano anche nella sentenza del Consiglio di Stato n. 399 del 2020, riguardante proprio l’ipotesi di un soccorso istruttorio avente a oggetto l’integrazione della cauzione provvisoria.

È pur vero che la giurisprudenza ammette la possibilità per la stazione appaltante di chiedere ulteriori chiarimenti, nel caso quelli forniti siano stati ritenuti non esaustivi, ma non è questo il caso, dal momento che, in esito al soccorso istruttorio, è stata inviata solo una copia di quanto già in atti e non anche della nuova documentazione rispetto a cui sarebbe stato ammissibile un secondo

approfondimento. Nella fattispecie, dunque, ammettere la possibilità dell'assegnazione di un ulteriore termine equivarrebbe ad integrare una violazione della *par condicio* dei concorrenti e una frustrazione dello scopo della norma.

Il Collegio non ravvisa, quindi, ragione di discostarsi dai principi ora ricordati, con conseguente accoglimento della domanda caducatoria contenuta nel ricorso e riconoscimento della pretesa della ricorrente di essere collocata al terzo posto della graduatoria, mentre la sottoscrizione del contratto non potrà che essere subordinata alla verifica della sussistenza dei requisiti in capo alla stessa.

Ne consegue che, allo stato, ogni ulteriore pretesa risarcitoria non può essere accolta, non essendo dimostrata la sussistenza di alcun danno.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'impugnata graduatoria, nei limiti e nei sensi di cui in motivazione.

La stazione appaltante dovrà, quindi, procedere alla riformulazione della graduatoria e all'adozione degli atti conseguenti.

Condanna la stazione appaltante e la controinteressata al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore della ricorrente, in euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuna, per un totale di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnoli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO