

Publicato il 02/03/2021

N. **00291/2021**
REG.PROV.COLL. N.
00137/2021 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 il Veneto
(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 137 del 2021, proposto da

B. Braun Milano S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Ilenia Paziani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ulss 5 Polesana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale comeda PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Acilia Hs S.r.l. non costituita in giudizio;

*per l'annullamento previa
sospensione dell'efficacia,*

- del provvedimento nota prot. n. 121459 del 30 dicembre 2020 con cui B. BraunMilano S.p.A. è stata esclusa dal lotto n. 8 dalla presente procedura di gara;
- di tutti i verbali di gara ed in particolare del verbale del 31 dicembre 2020;
- della deliberazione del Commissario del 7 gennaio 2021 n. 8, nella parte in cui individua Acilia HS S.r.l. come aggiudicataria del lotto n. 8;
- del bando, del disciplinare e dei relativi allegati nelle parti indicate in esposizione;
- di ogni atto ad essi presupposto, connesso o comunque consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ulss 5 Polesana; Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del decreto legge n. 137/2020;

Visto l'art. 4 del decreto legge n. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 70/2020

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Azienda ULSS 5 Polesana (di seguito solo "ULSS 5") ha indetto una procedura aperta, suddivisa in 40 lotti, per la fornitura di dispositivi medici per procedure di angiografia cardiaca e periferica diagnostica e interventistica, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da svolgersi sulla piattaforma *Sintel*.

Per quanto qui rileva, relativamente al lotto n. 8 avente ad oggetto "Cateteri a palloncino a rilascio di farmaco antiproliferativo", la Commissione giudicatrice ha attribuito i seguenti punteggi per le offerte tecniche: ditta B. Braun Milano

SpA punti 70; ditta Acilia HS Srl punti 44; ditta AB Medica SpA punti 44; ditta Innova HTS punti 42 (cfr. verbale del 13.7.2020). Per quanto riguarda le offerte economiche, sono stati assegnati i seguenti punteggi: ditta B. Braun Milano SpA, che ha offerto euro 27.520,00, punti 29,91; ditta Acilia HS Srl, euro 27.440,00, punti 30; ditta AB Medica SpA euro 29.120,00, punti 28,27; ditta Innova HTS, euro 27.648,00, punti 29,77; la graduatoria finale è risultata, quindi, la seguente:

B. Braun Milano SpA punti 99,91 (70+29,91); Acilia HS Srl, punti 74,00 (44,00+30,00); AB Medica SpA punti 72,27 (44,00+28,27); Innova HTS punti 71,77 (42,00+29,77) (cfr verbale del 2.12.2020 e allegato 1 al medesimo).

Con nota del 30.12.2020 a firma del RUP, l'ULSS 5 ha comunicato a B. Braun Milano SpA l'esclusione dalla procedura di gara in quanto l'offerta dalla medesima presentata *“non è ritenuta conforme a quanto richiesto, risultante equivoca e noncerta e quindi esclusa. Nello specifico pur avendo indicato il costo del “servizio conto deposito” nell’offerta allegato C3 non è poi stato conteggiato nell’importo complessivo offerto in piattaforma rilevando quindi una discordanza tra l’importo complessivo offerto inserito in piattaforma e quanto indicato nell’allegato C3”*.

Con nota del 31.12.2020, il RUP ha dato atto dell'esclusione della ditta B. Braun Milano SpA e, con successivo provvedimento del 7.1.2021, l'ULSS 5 ha disposto l'aggiudicazione della fornitura in questione alla ditta Acilia HS Srl.

Con ricorso depositato in data 12.2.2021, B. Braun Milano SpA ha impugnato, formulando anche istanza cautelare, il suddetto provvedimento di esclusione del 30.12.2020, la deliberazione del 7.1.2021 e gli ulteriori atti in epigrafe meglio indicati, denunciando, sotto diversi profili, i vizi di *“Violazione e falsa applicazione del paragrafo “STEP 3 - BUSTA ECONOMICA” del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed illogicità manifesta. Violazione e falsa applicazione del principio di par condicio participationis”* e articolando le seguenti censure: 1) si sarebbe trattato di mero errore di trascrizione dell'importo complessivamente offerto che non avrebbe influito sulla certezza dell'offerta e, conseguentemente,

non avrebbe potuto comportarne l'esclusione; nel modello di offerta economica "Allegato C.3" era stato indicato tutto quanto richiesto dal Disciplinare (prezzo unitario offerto, costo mensile del servizio relativo al conto deposito, importo complessivo biennale offerto, percentuale IVA, impegno a mantenere valida l'offerta per 180 giorni) e, in particolare, l'importo biennale della fornitura (euro 27.520,00), il costo biennale del conto deposito (euro 792,00) e il totale a titolo di importo complessivo (euro 28.312,00) e solo per mero errore materiale di trascrizione nel documento generato automaticamente da Sintel "Valore dell'offerta" – "Offerta economica" era stato riportato il costo di euro 27.520,00 anziché il totale di euro 28.312,00, errore rilevato autonomamente dallo stesso RUP che però non aveva proceduto alla correzione; 2) l'errore materiale avrebbe dovuto essere corretto d'ufficio dal RUP, in quanto riconoscibile e autonomamente rilevato, senza necessità di alcuna attività manipolativa o interpretativa, ma sulla base di un semplice calcolo matematico; la volontà negoziale risultava, infatti, del tutto chiara, non necessitando alcun ausilio esterno; 3) del tutto irrilevante sarebbe il riferimento, contenuto nel provvedimento di esclusione, al chiarimento n. 27 relativo alla necessità di indicazione separata del costo del servizio per conto deposito, indicazione effettuata dalla ricorrente; 4) sarebbe violato il Disciplinare di gara che non determina l'automatica esclusione in caso di discordanza tra importo complessivo offerto e quanto indicato in Allegato C.3, ma solo nel caso in cui, a fronte di tale discordanza, l'offerta sia ritenuta equivoca e non certa, circostanze non sussistenti nel caso in esame; 5) in via subordinata, il RUP, in caso di dubbi (peraltro insussistenti nel caso concreto), avrebbe potuto chiedere conferma alla società ricorrente in ordine all'effettivo importo, non trattandosi di soccorso istruttorio ma procedimentale; 6) considerato che la riammissione in gara della ricorrente determinerebbe la riassegnazione dei punteggi economici, risulterebbe comunque ampiamente superata la prova di resistenza, risultando comunque

prima la ricorrente, giusta il grande divario ottenuto rispetto alla seconda classificata; 7) in via subordinata, illegittimità del Disciplinare di gara che si rimetterebbe al RUP l'esclusione dell'offerta in caso di "discordanza", senza stabilire un criterio certo e predeterminato; 8) il provvedimento di aggiudicazione in favore della seconda graduata sarebbe viziato per illegittimità derivata dal provvedimento di esclusione della ricorrente.

Si è costituita in giudizio la ULSS 5, la quale ha puntualmente contestato le censure avversarie, sostanzialmente affermando l'obbligatorietà dell'esclusione e concludendo per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Non si è costituita in giudizio la controinteressata Acilia HS Srl.

Alla Camera di Consiglio del 24 febbraio 2021, sentite le parti come da verbale dicausa, il ricorso è stato trattenuto in decisione, potendo essere definito con sentenza in forma semplificata.

In line generale, ricordato che nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela dell'imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché a ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici, si osserva che la giurisprudenza amministrativa ha più volte precisato che "nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente" (in tal senso *Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113* che richiama i principi posti da *Consiglio di Stato, sez. IV, 6 maggio 2016, n. 1827*).

Con più specifico riferimento all'errore materiale, è stato di recente evidenziato che "Per indirizzo giurisprudenziale univoco, anche di questa sezione, ciò che si richiede al fine di poter indentificare un errore materiale all'interno dell'offerta di gara e, quindi, procedere legittimamente alla sua rettifica, è che l'espressione erronea sia univocamente riconoscibile come tale, ovvero come frutto di un "errore ostativo" intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà. La valutazione che la stazione appaltante è chiamata a svolgere e che la giurisprudenza descrive con icastiche varianti lessicali (lapsus calami rilevabile ictu oculi ed ex ante, quindi senza bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà), proprio perché si connota di oggettività e di immediatezza non può, in linea di principio, derivare da sforzi ricostruttivi e interpretativi, ma deve arrestarsi al riscontro di un'inesatta formulazione "materiale" dell'atto. Una cosa è, dunque, l'interpretazione conservativa dell'atto (1465 c.c.), altra è la correzione di una sua incongruenza estrinseca e formale, rinvenibile nel suo sostrato materiale, espressivo o comunicativo (1433 c.c.). In un caso, si fa riferimento a dati intrinseci all'atto, attinenti al suo significato giuridico e che ne motivano una certa valutazione contenutistica; nel secondo caso, viene emendata l'espressione materiale, come percepita nella sua consistenza fisica (ictu oculi), in un momento indipendente e antecedente alla ponderazione del suo significato giuridico (ex ante). Si deve tuttavia ritenere che questi parametri ricostruttivi non debbano essere estremizzati e che, dunque, possa riconoscersi una certa circolarità "ermeneutica" tra interpretazione e rilevazione dell'errore materiale - ben potendo questo risaltare anche da una palese distonia di tipo logico o discorsivo rispetto alla restante trama espositiva del documento." (*Consiglio di Stato, sez. III; 9 dicembre 2020, n. 7758*).

Dunque, sulla base degli approdi giurisprudenziali, sono stati precisati i seguenti principi:

“2.1. Fermo restando il principio di immodificabilità dell'offerta, l'errore materiale può essere rettificato d'ufficio dall'amministrazione soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso risulta riconoscibile. Tale riconoscibilità deve comunque essere valutata e valutabile ex ante;

2.2. Ciò significa che l'offerente sia incorso in una svista *ictu oculi* rilevabile, ossia senza svolgere sul punto particolari approfondimenti. Il tutto in base a semplici e intelleggibili operazioni di carattere matematico (ossia meri interventi di rettifica del dato numerico non corretto);

2.3. Deve inoltre risultare palese l'effettiva volontà negoziale che lo stesso concorrente abbia inteso manifestare, senza particolari attività di verifica o di interpretazione circa il contenuto dell'offerta formulata;

2.4. Più in particolare, una tale volontà deve poter essere ricostruita, ossia rettificata d'ufficio, senza ricorrere ad "ausili esterni" o a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (quali il soccorso istruttorio, dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente o altri supplementi di natura tecnica). Non deve in altre parole rinvenirsi alcuna "attività manipolativa", da parte della stazione appaltante, onde correggere il suddetto errore materiale” (in tal senso *TAR Lazio, Roma, Sez. III, 4 gennaio 2021, n. 62*, che richiama *TAR Toscana, sez. III, 24 luglio 2020, n. 970*; *id.*, *sez. I, 16 gennaio 2020, n. 35*; *TAR Lazio, Latina, sez. I, 8 novembre 2019, n. 648*; *Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113*; *id.*, *16 marzo 2016, 1077*; *TAR Campania, Napoli, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 5530*).

Tanto premesso in linea generale e passando al caso in esame, si osserva che, per quanto in questa sede rileva, il Disciplinare di gara (*Step 3 – Busta economica (per ogni lotto di fornitura)*) dispone: -“*Il concorrente a pena di esclusione, dovrà compilare ed allegare negli appositi campi predisposti nel sistema, l'offerta dettagliata, per singolo lotto secondo il Modello di Offerta economica Allegato C.3 al presente Disciplinare (da caricare sia in formato xls, sia in formato pdf), firmata digitalmente nella versione .pdf (per tutti gli schemi), che costituisce parte*

integrante dell'offerta economica. In tale documento dovranno essere riportati: (...) -Prezzo unitario offerto, esposto con due cifre dopo la virgola ed al netto dell'IVA; -Costo mensile del servizio relativo al conto deposito limitatamente ai lotti 8, 19, 29, 30, 31, 33, 34, 37, 38 (...); - Importo complessivo biennale offerto per sub lotto e lotto(Iva non compresa)";

-“Poiché la piattaforma SinTel consente di inserire un solo prezzo, il concorrente dovrà indicare solo il prezzo complessivo offerto in ribasso sulla base di gara – a pena di esclusione. Solamente tale prezzo verrà considerato ai fini del calcolo del punteggio economico”;

-“Il concorrente dovrà infine:

a) indicare a Sistema, nell'apposito campo “Offerta economica”, il prezzo complessivo offerto per l'intera fornitura – espresso in Euro, IVA esclusa, con due cifre decimali e con modalità solo in cifre (...);”;

-“Qualora la Stazione Appaltante rilevi una discordanza tra l'importo complessivo offerto inserito in piattaforma e quanto indicato nell'Allegato C.3, l'offerta verrà esclusa se ritenuta equivoca e non certa”.

Ebbene, alla luce di quanto sopra, le censure formulate dalla ricorrente in via principale (che possono essere esaminate congiuntamente essendo connesse sotto il profilo logico-giuridico) sono meritevoli di accoglimento.

Invero, diversamente da quanto affermato dall'Amministrazione nelle proprie difese, l'importo complessivo indicato dalla ricorrente nel modello C.3 (pari ad euro 28.312) non è dato (solo) dalla somma dei prezzi unitari, ma, ben diversamente, dall'addizione dei prezzi unitari ivi indicati (pari ad euro 27.520,00) sommata al costo del servizio per conto deposito (pari ad euro 396X2, cioè complessivi euro 792), per un totale complessivo di euro 28.312,00. Dunque, non corrisponde al vero – come, invece, afferma la difesa della stazione appaltante – che risulterebbe una divergenza tra offerta complessiva e somma dei singoli prezzi unitari e, in particolare, che la società ricorrente avrebbe offerto prodotti per un prezzo dato dalla somma dei prezzi unitari pari a euro 28.312 per poi concretamente offrire su *Sintel* un prezzo complessivo differente

di euro 27.520 (cfr. pag. 9 memoria difensiva ULSS Polesana), dal momento che, come emerge chiaramente dal modello C.3 compilato dalla ricorrente, il prezzo complessivo è dato dalla somma dei prezzi unitari (indicato in euro 27.520,00) cui va aggiunto il costo del servizio per conto deposito (indicato in euro 792), per un totale complessivo dell'offerta pari ad euro 28.312,00, come correttamente riportato nel modello C.3.

Tale circostanza, peraltro, è risultata fin da subito ben chiara al RUP il quale, nella propria comunicazione di esclusione, ha precisato che l'offerta della società ricorrente, *“pur avendo indicato il costo conto deposito nell'offerta allegato C.3 non è poi stato conteggiato nell'importo complessivo in piattaforma”*.

L'Amministrazione, dunque, ha immediatamente rilevato l'errore di trascrizione (così dimostrando la piena riconoscibilità del medesimo), ha ben compreso che lo stesso consisteva nella mancata somma del costo del servizio conto deposito (correttamente indicato nel modello C.3) con l'importo derivante dalla somma dei prezzi unitari (correttamente indicato nel modello C.3), ha, quindi, chiaramente individuato l'effettiva volontà del concorrente di offrire un determinato importo (circostanza, peraltro, ulteriormente confermata dalla stessa difesa dell'Amministrazione: cfr. pag. 11 memoria difensiva), ma ciò nonostante ha ritenuto, in via automatica, l'offerta equivoca e non certa, disponendone l'esclusione.

Diversamente, l'Amministrazione, una volta rilevato l'errore di trascrizione - come evidenziato dal RUP-, avrebbe dovuto effettuare una mera operazione matematica di somma algebrica tra l'importo derivante dalla somma dei prezzi unitari con quello del servizio in conto deposito, come dettagliatamente indicato dall'offerente nel modello C.3, costituente parte integrante dell'offerta economica.

Per tali ragioni, dunque, le censure articolate in ricorso sono fondate e vanno accolte con conseguente annullamento degli atti impugnati (segnatamente,

provvedimento di esclusione del 30.12.2020, relativo verbale di gara, deliberazione del Commissario n. 8 del 7.1.2021 di aggiudicazione ad Acilia HS

S.r.l. e relativi verbali di gara), cui consegue l'obbligo della Stazione Appaltate di riammettere in gara la società ricorrente e riavviare la procedura di gara dal segmento procedimentale immediatamente seguente al momento interruttivo, rinnovando la valutazione dell'offerta economica della ricorrente come correttamente indicata nel modello Allegato C.3 (importo complessivo biennale pari ad euro 28.312,00), attribuendo il relativo punteggio e formulando la conseguente nuova graduatoria.

Le spese di causa, stante la evidente peculiarità della vicenda, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Alessio Falferi, Consigliere, EstensoreMara

Spatuzzi, Referendario

L'ESTENSORE

Alessio Falferi

IL PRESIDENTE

Alessandra Farina



IL SEGRETARIO