



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 10.071 del 2016, proposto da Bio-Rad Laboratories S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Ciro Pisano, con domicilio eletto presso lo studio Martinez & Partners in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, 21;

contro

Agenzia Regionale Sanitaria (A.R.S.) Liguria, ora Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (A.L.I.S.A.) – Area Centrale Regionale d’Acquisito, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi, Luigi Cocchi e Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare 14-4;

nei confronti di

Thermo Fisher Scientific S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Liguria – Genova, Sezione Seconda, n. 1.196/2016, resa tra le parti, concernente gara per l'affidamento della fornitura di materiale ed attrezzature per laboratorio analisi per le Aziende sanitarie della Regione Liguria, lotto n. 17.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia Regionale Sanitaria (ARS) Liguria, ora Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (A.L.I.S.A.) – Area Centrale Regionale d'Acquisito;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2017 il Consigliere Oswald Leitner e uditi, per l'appellante, l'avvocato Ciro Pisano e, per l'appellata, agli avvocati Gabriele Pafundi e Luigi Cocchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il presente procedimento ha ad oggetto la procedura aperta indetta dall'A.R.S. Liguria, con bando inviato alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 5 ottobre 2015, suddivisa in diciannove lotti, nella parte riguardante il diciassettesimo lotto, avente ad oggetto l'affidamento di un sistema per la determinazione quantitativa di cateolamine e altre molecole mediante cromatografia liquida ad alte prestazioni (HPLC), in favore di quattro destinatarie, tra cui anche l'A.S.L. 5 di Spezzino.

La Bio-Rad Laboratories S.r.l. ha impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria - in uno con il disciplinare di gara e dei verbali si gara, nella parte in cui l'offerta della Thermo Fisher Scientific S.p.A. veniva sottoposta ad integrazione della documentazione e poi ammessa al prosieguo delle operazioni di

gara - la determinazione n. 218 dell'11 agosto 2016, di aggiudicazione del lotto n. 17 alla predetta controinteressata, articolando tre motivi di ricorso.

Con il primo motivo di ricorso lamentava la mancata allegazione nella busta dell'offerta tecnica di un documento contenente un elemento essenziale dell'offerta (ovvero dell'allegato F-2 – "*offerta silente*", riferita alla strumentazione offerta per l'A.S.L. 5 Spezzino), come tale non regolarizzabile mediante soccorso istruttorio, come invece praticato dalla stazione appaltante, e ciò sia a mente della legge di gara che in base al principio secondo cui il soccorso istruttorio non può riguardare elementi dell'offerta, poiché espressione della manifestazione della volontà del concorrente.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente deduceva che, in ogni caso, il documento oggetto di regolarizzazione illegittima non era stato presentato nemmeno in sede di soccorso istruttorio, secondo quanto risultante a verbale, e ciò costituirebbe un ulteriore elemento per l'esclusione della controinteressata.

Con il terzo motivo di ricorso si censuravano invece ulteriori illegittime conseguenze derivanti dal comportamento messo in atto dalla stazione appaltante che l'appellante ha riproposto, in questa sede, con il terzo motivo d'appello di cui si dirà meglio nel proseguo.

Il Tar ha respinto i tre motivi di censura, motivando come segue.

In primo luogo, il Collegio ha ritenuto applicabile il soccorso istruttorio senza limiti e quindi anche ad ipotesi di carenza dell'offerta, con l'unico limite dell'ipotesi di "*incertezza assoluta*" sul contenuto dell'offerta di cui al comma 1-*bis* dell'art. 46 del D.L.vo 163/06, ipotesi – a dire del Collegio - non ricorrente nel caso di specie, in quanto l'offerta silente non sarebbe stata necessaria ai fini della valutazione perché i prodotti erano dettagliati negli atti di gara e nell'offerta economica. In questo senso, la scelta della Commissione di attendere il documento per poter poi effettuare l'esame tecnico sarebbe stata quindi dettata da prudenza, ma non era

affatto necessitata.

Per quanto riguarda il secondo ed il terzo motivo, il primo giudice ha invece ritenuto che l'allegazione della scheda, sulle cui risultanze si fondavano le due censure, al verbale del 29 giugno 2016, fosse frutto di un mero errore materiale, con conseguente infondatezza delle relative doglianze.

Avverso tal decisione ha interposto gravame la Bio-Rad Laboratories S.r.l., formulando tre motivi d'appello.

1) Con il primo motivo l'appellante contesta la sentenza impugnata nella parte in cui il primo giudice ha ritenuto che il soccorso istruttorio fosse applicabile non soltanto alla documentazione amministrativa, ma anche all'offerta tecnica e ad elementi di essa.

In particolare si deduce che la ratio del soccorso istruttorio di cui agli artt. 38, comma 2-*bis* e 46, D.L.vo 163/06 sarebbe quella di impedire l'esclusione del concorrente per vizi meramente formali e per semplici dimenticanze che riguardano informazioni facenti parte del c.d. "storico" dell'azienda e che, in quanto tali, sono acquisibili anche successivamente alla data di presentazione dell'offerta, poiché sono documentabili e quindi non modificabili *ad usum proprium* da parte del concorrente. Non a caso le disposizioni di cui sopra sarebbero inserite all'interno del codice degli appalti nella parte che disciplina la documentazione amministrativa e i requisiti soggettivi dell'offerente, con conseguente esclusione dell'applicabilità del soccorso istruttorio ai casi di carenza dell'offerta. Inoltre, l'offerta costituirebbe una manifestazione di volontà del concorrente, sottoposta alla perentorietà del termine di presentazione, posto a garantire la *par condicio competitorum* e, consentire la presentazione tardiva di un documento carente in offerta, significherebbe violare la *par condicio*, essendo il concorrente messo in condizione di presentare l'offerta in epoca successiva al termine prescritto, ed essendo in questo modo astrattamente consentito anche

l'adeguamento a proprio vantaggio. In ogni caso, anche la legge di gara, al paragrafo 5 del disciplinare, consentirebbe il soccorso istruttorio con il limite della *“inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara”*. Dunque, la stazione appaltante non avrebbe dovuto consentire la regolarizzazione dell'offerta silente con riguardo alla strumentazione da offrire per l'ASL 5 Spezzino, ma escludere la concorrente dalla procedura per mancanza di un elemento essenziale. A nulla, infine, potrebbe rilevare il fatto che l'art. 46, comma 1-*bis*, del D.L.vo 163/06 consente l'esclusione solo per i casi di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, dal momento che l'istituto della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46, comma 1-*ter* va rapportato al precedente comma 1-*bis* non già laddove esso fa riferimento alla *“incertezza assoluta”*, ma nella parte in cui esso dispone l'esclusione per carenza di *“elementi essenziali”* dell'offerta.

2) Con il secondo motivo d'appello, si lamenta invece l'erroneità della sentenza per abuso di potere giurisdizionale ed illegittimo sconfinamento nel merito, nonché per irragionevolezza manifesta e contrarietà alle risultanze documentali.

In particolare, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui il primo giudice ha sostenuto che l'offerta silente non sarebbe stata necessaria ai fini della valutazione, perché i prodotti offerti sarebbero stati dettagliati negli atti di gara e nell'offerta economica. Nella legge di gara, infatti, l'offerta silente era stata prevista espressamente tra i documenti componenti l'offerta tecnica e l'essentialità di tale documento si evinceva dal fatto che esso costituisce l'inventario della fornitura dei prodotti proposta per ciascuna struttura ospedaliera destinataria. La rilevanza dell'offerta silente ai fini dell'esame tecnico risultava invece manifesta da una semplice lettura della legge di gara e dell'operato della Commissione risultante dai verbali. Quest'ultima aveva ritenuto di dover attendere l'ottenimento di tale documento per poter procedere alla disamina della documentazione tecnica

relativamente al lotto n. 17, per cui era evidente che la mancanza dell'offerta silente comportava che l'offerta della controinteressata dovesse considerarsi insufficiente e non ammissibile né valutabile. Il fatto che il documento è da considerarsi essenziale si ricaverebbe, poi, anche dalla circostanza che la sanzione applicata dalla Commissione è espressamente prestabilita *ex lege* per le sole ipotesi di irregolarità documentali essenziali.

Ciononostante, il TAR avrebbe operato una valutazione tutta sua, fuori da ogni ragionevolezza ed in contrasto con le risultanze documentali, ma soprattutto operando un esame di natura tecnica in una materia, quella delle procedure di gara, in cui il giudice amministrativo possiede giurisdizione esclusiva ma non di merito.

In ogni caso, sarebbe illogico sostenere che l'offerta silente sarebbe inutile perché i prodotti erano già dettagliati negli atti di gara componenti la *lex specialis* e perché riproduttiva dell'offerta economica, ancorché priva dei prezzi. L'offerta tecnica, infatti, doveva restare distinta da quella economica, perché la prima è l'unica che rileva ai fini della comprensione di quali siano i prodotti effettivamente offerti in gara, mentre la seconda rileva esclusivamente ai fini dei prezzi offerti.

I due motivi d'appello appena illustrati vanno esaminati congiuntamente, in quanto connessi tra di loro.

Per comprendere meglio la vicenda *sub iudice*, vanno premessi brevi cenni sul concreto oggetto del contendere.

Nella specie, la *lex specialis* richiedeva che la busta dell'offerta tecnica contenesse, tra i vari documenti, per ciascuna struttura ospedaliera destinataria, “*la copia dell'offerta dei prodotti proposti per ciascuno lotto, priva dei prezzi*” (cd. offerta silente), da predisporre attraverso la compilazione dell'allegato F-2, di analogo contenuto di quello F-4, previsto dal disciplinare di gara per l'offerta economica, ma senza inserimento dei prezzi offerti.

Alla seduta del 9 giugno 2016, la Commissione ha rilevato la mancanza del

predetto allegato F-2 in relazione alla strumentazione da offrire per la A.S.L. 5 Spezzino, per cui è ricorso al cd. soccorso istruttorio oneroso, intimando alla Fisher Scientific la produzione di tale documento, il quale – come si desume dalla dichiarazione del RUP contenuta nel verbale della seduta del 29 giugno 2016 – è stato quindi fornito dalla controinteressata.

Ciò premesso, va, in primo luogo, respinta la tesi dell'appellante circa l'inapplicabilità *tout court* del soccorso istruttorio alla documentazione diversa da quella amministrativa, ovvero all'offerta tecnica ed agli elementi di essa. Come giustamente rilevato dal TAR, il comma 1-*ter* dell'articolo 46, infatti, prevede che le disposizioni dell'art. 38, comma 2-*bis* si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara, il che consente di ritenere astrattamente applicabile il soccorso istruttorio oneroso anche all'offerta tecnica e ad elementi che la compongono, con il limite di cui al precedente comma 1-*bis*, dell'incertezza assoluta dell'offerta, conclusione che, a parere del Collegio, nel caso specifico, non necessita di essere riveduta, pur considerando le contestazioni mosse a tale ricostruzione da Bio-Rad Laboratories nel proprio atto d'appello. Nella specie, infatti, anche la *lex specialis* non prevede alcuna limitazione più severa di quella prevista dal dettato normativo, per cui va ritenuto che la Commissione fosse senz'altro legittimata a richiedere la regolarizzazione della documentazione mancante, e ciò a maggior ragione, se si considera che l'assenza dell'allegato F-2 non comportava alcuna carenza sostanziale del contenuto essenziale dell'offerta. L'allegato F-2, invero, conteneva un mero riepilogo dei prodotti, per cui, effettivamente, non deve considerarsi essenziale ai fini della valutazione tecnica; come giustamente rilevato dal T.A.R. e non efficacemente contraddetto dall'appellante, tutte le informazioni all'uopo necessarie erano infatti ricavabili dall'altra documentazione inserita nella busta

contente l'offerta tecnica. Non si può quindi parlare né di incertezza assoluta, né di indeterminatezza del contenuto dell'offerta e di violazione della *par condicio competitorum*, anche poiché, dovendo il contenuto dell'allegato F-2 essere sostanzialmente identico allegato F-4, ad eccezione dell'indicazione dei prezzi, non era pensabile che la concorrente potesse integrare o alterare *ex post* l'allegato originariamente mancante.

Tale valutazione compiuta dal primo giudice e condivisa da questo Collegio, poi, non costituisce nemmeno valutazione riservata alla giurisdizione di merito, dal momento che con essa ci si limita ad esprimersi sulla ragionevolezza della scelta discrezionale della Commissione di ricorrere al soccorso istruttorio.

Conclusivamente, i due motivi esaminati non meritano accoglimento e vanno quindi respinti.

Con il terzo motivo di gravame, l'appellante deduce l'erroneità della sentenza, sotto diverso profilo, per irragionevolezza manifesta e contrarietà alle risultanze documentali di cui ai verbali di gara.

In particolare, espone che, alla seduta riservata del 29 giugno 2016, il RUP avrebbe informato la Commissione dell'ottenimento dell'allegato F-2 richiesto (offerta silente con la parte afferente l'ASL 5 Spezzino) e la Commissione avrebbe deciso di procedere alla disamina della documentazione riferita al lotto n. 17 (HPLC), stabilendo che la Thermo Fisher sarebbe stata ammessa con riserva fino all'accertamento della conformità tra il documento regolarizzato e l'offerta economica e, all'esito della disamina avrebbe predisposto alcune schede contenenti le risultanze dell'esame. Nella scheda relativa all'offerta tecnica della Thermo Fisher Scientific avrebbe riportato, poi, l'annotazione che dalla disamina della documentazione tecnica prodotta (relazione tecnica e offerta silente) non si evincerebbe alcun riferimento all'offerta per la strumentazione afferente all'ASL 5 Spezzino, per cui la Commissione avrebbe deciso di richiedere in quale

documento, tra quelli presentati, fosse contenuta l'informazione. In altre parole, nonostante l'ottenimento del documento integrativo, la Commissione avrebbe ammesso di non riuscire, ancora una volta, a rintracciare l'offerta tecnica relativa all'ASL 5 Spezzino. Nonostante la evidente indeterminabilità dell'offerta *in parte qua*, la Commissione avrebbe quindi ritenuto di potersi far aiutare dal concorrente per comprendere la portata della proposta di questi, decidendo addirittura di chiedere lumi in merito a dove fosse rintracciabile l'elemento prescritto, non ancora emerso nonostante l'integrazione intervenuta nel frattempo.

Sostiene l'appellante che, nonostante il verbale faccia piena prova fino a querela di falso, il primo giudice avrebbe ritenuto erroneamente di liquidare la censura come una semplice enfaticizzazione di un errore materiale. Dando per buono e valido quanto riportato a verbale integralmente, l'unica lettura che abbia un senso era, invece, quella che il documento richiesto con il soccorso istruttorio era stato ricevuto in tempo utile, ma che, dopo averlo esaminato, la Commissione non aveva comunque rinvenuto l'offerta silente per l'ASL 5 Spezzino o, comunque, non aveva compreso dove fosse rintracciabile. Questa circostanza attesterebbe ulteriormente il fatto che l'offerta della controinteressata fosse carente di un elemento, incompleta e quantomeno incomprensibile, per cui la concorrente andava esclusa. Inoltre, anche l'ulteriore richiesta di chiarimenti in merito alla richiesta, cioè il farsi aiutare dal concorrente in merito alla comprensione della sua offerta, costituirebbe un ulteriore vizio del procedimento.

Il motivo d'appello è infondato, in quanto, in realtà, pare effettivamente non esservi stata alcun'ulteriore richiesta di chiarimenti, in seguito alla produzione dell'offerta silente, come attestato dal RUP nel verbale del 29 giugno 2016. Come condivisibilmente esposto dal giudice di prime cure, la scheda allegata al verbale del 29 giugno 2016, dalla quale risulta l'ulteriore richiesta di chiarimenti, parrebbe essere stata redatta, infatti, già in occasione della seduta del 9 giugno 2016 ed

allegata per mero errore al verbale del 29 giugno 2016, poiché altrimenti non si spiegherebbe come mai la nota del 10 giugno 2016 dell'A.R.S., di richiesta di chiarimenti, riprendesse letteralmente il relativo contenuto. Inoltre, dal verbale della seduta del 29 giugno 2016 risulta espressamente che il RUP ha dato atto della produzione dell'allegato F-2 e la Commissione ha quindi provveduto all'attribuzione del punteggio, *modus procedendi* che appare incompatibile con l'acclamata necessità di ulteriori chiarimenti. Le conclusioni del T.A.R. sul punto appaiono quindi senz'altro ragionevoli e logiche, tanto da dover essere pienamente condivise.

In conclusione, per le vedute ragioni, la sentenza impugnata merita quindi di essere integralmente confermata.

Le spese del presente grado di giudizio, considerata la complessità delle questioni, possono essere interamente compensate tra le parti.

Rimane definitivamente a carico dell'appellante il contributo unificato versato per la proposizione del ricorso in appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Rimane definitivamente a carico dell'appellante il contributo unificato versato per la proposizione del ricorso in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Oswald Leitner, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Oswald Leitner

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO