

# **Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

## **Sezione III**

### **Sentenza 13 febbraio 2023, n. 209**

PRESIDENTE: FARINA - ESTENSORE: BERTAGNOLLI

La ricorrente, risultata prima graduata nell'aggiudicazione del lotto 1 della "Procedura aperta telematica per la fornitura di materiale per chirurgia mininvasiva per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie del Veneto, dell'IRCCS IOV e dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento - 2<sup>a</sup> edizione", è stata poi esclusa dalla gara per iniziativa del RUP che ha ritenuto violata la prescrizione della *lex specialis* secondo cui non erano ammesse offerte plurime o alternative.

Alla ricorrente Applied Medical Distribution Europe B.V. (di seguito solo AM) è stato, quindi, contestato di aver offerto due configurazioni diverse Kii Fios e Kii ottico, nonostante, secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, esse fossero entrambe utilizzabili come trocar ottico e rispondenti alle caratteristiche tecniche previste a pena di esclusione dal capitolato tecnico.

Il gravame conseguentemente proposto da AM si fonda, dunque, sulla ravvisata illegittimità dell'azione amministrativa derivante, in primo luogo, dalla mancata considerazione del fatto che i due prodotti (o meglio, secondo quanto affermato in ricorso, le due versioni del medesimo prodotto) possedevano le medesime caratteristiche, per quanto valutato in gara e, in via subordinata, dalla mancata valorizzazione della produzione del campione di una sola versione di essi, che avrebbe dovuto condurre all'esclusione della valutazione dell'altra, inducendo la stazione appaltante a considerare l'offerta come unica.

Prima di passare, però, all'esame del merito della controversia si rende necessario esaminare la richiesta formulata da parte ricorrente con l'ultimo deposito e volta ad ottenere da questo Tribunale un ordine, rivolto ad Azienda Zero ai sensi dell'art. 65 c.p.a., per ottenere la produzione in giudizio delle offerte tecniche ed economiche presentate dalle concorrenti Tau Medica s.r.l., Medtronic Italia s.p.a. e Conmed Italia s.r.l., che hanno partecipato alla stessa gara.

Ciò in ragione del fatto che AZ ha rigettato, il 23 gennaio 2023, l'accesso chiesto dalla ricorrente nei termini suddetti.

In disparte il fatto che tale istanza non può che essere qualificata come un improvvido tentativo di aggirare il ricorso allo strumento disciplinato dell'art. 116 c.p.a. per impugnare il diniego del diritto di accesso, la domanda va comunque rigettata, in quanto, essendo la questione dedotta in ricorso esclusivamente connessa alle caratteristiche proprie dell'offerta della ricorrente, non sussiste alcuna esigenza processuale di acquisizione delle offerte delle altre concorrenti.

Ciò chiarito, parte ricorrente ha, in primo luogo, dedotto la violazione del principio di *favor participationis* e di proporzionalità e il conseguente eccesso di potere in cui la stazione appaltante sarebbe incorsa per travisamento dei fatti e manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione, nonché la violazione dell'art. 32, comma 4, del d.lgs. 50/2016, che vieta ai concorrenti di presentare più di un'offerta. Secondo parte ricorrente, infatti, il trocar offerto sarebbe in realtà unico, in quanto le, peraltro minime secondo AM, differenze tra le due versioni non avrebbero potuto incidere, nemmeno in astratto, sugli elementi oggetto dei criteri di valutazione. La differenza sarebbe, infatti, data solo dalla presenza di un piccolo foro nella punta della versione Kii Fios.

La tesi non può essere condivisa. Basta la lettura dell'offerta tecnica per comprendere che solo il trocar di cui è stato fornito il campione per la valutazione in concreto della *performance*, presenta una caratteristica migliorativa costituita dalla diversa ed innovativa tecnologia di primo ingresso, che garantisce una maggiore facilità di utilizzo senza causare traumi, dovuta a quel piccolo foro sulla punta che, come già anticipato, distinguerebbe i due prodotti, ma che è in realtà presente perché consente al chirurgo di iniziare l'insufflazione non appena l'apertura entra nella cavità addominale "riducendo potenzialmente al minimo il rischio di danni viscerali" (così la relazione tecnica a pag. 3).

Appare, quindi, piuttosto chiaro come i due prodotti offerti siano tutt'altro che identici, come, del resto, riconosciuto anche dalla stessa ricorrente nel ricorso, ancorché minimizzando gli effetti delle differenze descritte.

Ciononostante, a fronte di un prezzo unico, è stata ipotizzata la fornitura anche della versione meno performante del prodotto, con la conseguenza che la stazione appaltante, se non avesse escluso l'offerta, si sarebbe trovata nella condizione di essere esposta al rischio di ottenere, allo stesso prezzo di quello testato, forniture del modello non implementato, le cui caratteristiche non sono state, peraltro, nemmeno verificate sulla base del *test* su campione. Risulta dimostrata, quindi, quella violazione del principio di cui all'art. 32, comma 4, del d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, che impone ai partecipanti alle

gare pubbliche di concorrere essenzialmente con un'unica proposta tecnica ed economica e alle stazioni appaltanti di escludere offerte che, come nel caso di specie, presentino una formulazione equivoca.

Né miglior sorte può essere riservata alla seconda doglianza, con cui sono stati dedotti violazione dell'art. 12 del disciplinare, del principio di *favor participationis* e di proporzionalità, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti e manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione e, ancora, violazione degli artt. 32, comma 4, e 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016, in ragione dell'inesistenza di ogni vantaggio competitivo anche in ragione della fornitura di un unico campione, che rendeva valutabile una sola versione del trocar. Secondo la tesi della ricorrente, siccome è stato offerto un solo campione, l'altro prodotto indicato non avrebbe comunque potuto essere preso in considerazione, essendo richiesta a pena di esclusione la produzione del campione.

Tale conclusione di parte ricorrente non può essere condivisa tenendo conto della *ratio* della disciplina che vieta la presentazione di offerte plurime o alternative, che è stata esplicitata, tra le tante, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 5536/2021, nella quale si legge che "l'obbligo di presentare una sola offerta contenente una soluzione tecnica determinata ed un prezzo preciso, ed il corrispondente obbligo per la Pubblica Amministrazione di poter valutare solo offerte in tal guisa formulate, adempiono da un lato al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, e dall'altro, al principio di imparzialità (C.d.S., Sez. III, sentenza 10 dicembre 2020, n. 8146)".

Ne deriva che, al fine di garantire la *par condicio* dei concorrenti, ma anche l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, ogni offerta formulata in forma alternativa o ipotetica e perciò non univoca su un elemento essenziale dell'offerta, non può che condurre alla sua esclusione da parte della stazione appaltante per violazione del principio di unicità dell'offerta (C.d.S., sent. 5536/2021).

Tale regola conosce un'eccezione nel solo caso in cui si sia in presenza di un chiaro errore materiale la cui individuazione consenta agevolmente di determinare l'effettivo contenuto dell'offerta.

Come ricordato nella sentenza del T.A.R. Campania, n. 407/2023, debbono, a tal fine, ricorrere specifiche condizioni, in quanto "l'errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente ed *ictu oculi* dal contesto stesso dell'atto, e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive della volontà, che deve risultare

agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque" (cfr. C.d.S., Sez. V, 5 aprile 2022, n. 2529).

Deve, infatti, essere evitata ogni forma di attività manipolativa a opera della stazione appaltante al fine di non ledere in concreto la *par condicio* dei concorrenti.

Nel caso in esame era, invece, evidente l'assenza di un errore materiale, esclusa dal fatto che l'offerta chiaramente riguardava due diverse tipologie di prodotto (con diverse versioni e prezzo di volta in volta specificato, anche se identico), come confermato dall'allegata relazione tecnica che ne descriveva le differenze.

La mancata produzione del campione relativo alla versione non migliorata, peraltro, esclude anche di poter ritenere di essere in presenza di un medesimo prodotto con caratteristiche migliorative, in quanto non è stato fornito alcun principio di prova che il trocar Kii ottico (di cui non è stato prodotto il campione) fosse idoneo a superare il limite imposto al punteggio in relazione alla non traumaticità. L'ottavo criterio di valutazione previsto dal capitolato speciale, allegato C.5, imponeva, infatti, la valutazione della "capacità del trocar, in virtù della sua superficie e della sua forma, di assicurare una presa salda, un'agile penetrazione nella cavità, in modo da minimizzare traumi accidentali": parametro rispetto a cui era previsto il punteggio massimo di 14 e quello minimo di 8,4. Non risulta provato, dunque, che il Kii Fios fosse semplicemente la versione migliorata del Kii ottico, non essendo stato dimostrato che anche questo prodotto avrebbe avuto le caratteristiche minime necessarie previste dal capitolato speciale, in particolare, ma non solo, con riferimento alla minor traumaticità del suo uso garantita dalle particolarità costruttive del Kii Fios di cui già si è detto.

Deve, dunque, escludersi che risulti provata la tesi di parte ricorrente secondo cui l'offerta sarebbe stata unica o riconducibile dalla stazione appaltante a una sola ed univoca.

Tale conclusione comporta la necessità di indagare la rilevanza dell'aver prodotto un solo campione.

Secondo parte ricorrente ciò avrebbe dovuto condurre la stazione appaltante a ritenere esistente una sola offerta valutabile e cioè quella del prodotto di cui è stato fornito il campione.

Anche tale costruzione non appare suscettibile di positivo apprezzamento.

È chiaro come la produzione, in sede di gara, di un solo campione fosse strumentale a sostenere la tesi, su cui si fonda anche il ricorso, che, nonostante le differenze presentate dalle due versioni, il prodotto fosse da qualificarsi come unico.

Correttamente, invece, la commissione ha ritenuto che, per le caratteristiche presentate, i prodotti fossero due, tra di loro diversi, di cui uno non valutabile per mancanza del campione, il che ha legittimamente indotto il RUP a ritenere che l'offerta fosse alternativa o comunque non univoca e, dunque, potenzialmente lesiva non solo della *par condicio* tra le concorrenti, ma anche dell'interesse della stazione appaltante ad ottenere la fornitura, al prezzo concordato, solo della versione più performante che ha formato oggetto di valutazione.

L'affermazione di parte ricorrente secondo cui, nella fattispecie, la disponibilità di AM di offrire, ad uno stesso prezzo, le due configurazioni del prodotto non avrebbe fatto "altro che consentire alle singole Aziende Sanitarie di poter scegliere, a loro discrezione e senza aggravii di costi o di procedimento, la versione del prodotto che meglio si confà alle proprie esigenze operative" (cfr. il ricorso, penultimo paragrafo di pag. 12) potrebbe ritenersi corretta solo laddove fosse stato dimostrato che anche il prodotto Kii ottico fosse in possesso delle caratteristiche minime richieste dal disciplinare: prova che è mancata per effetto della omessa produzione del campione in gara e/o di una perizia tecnica attestante tale condizione, in particolare con riferimento al parametro della traumaticità dell'uso del trocar.

Ne deriva l'integrale rigetto del ricorso, mentre le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa attesa la natura prettamente interpretativa delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge l'impropria istanza istruttoria formulata nell'ambito del giudizio;
- respinge la domanda caducatoria dei provvedimenti impugnati e la correlata istanza risarcitoria;
- compensa le spese del giudizio tra le parti in causa.

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