

N. 08791/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04009/2024 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 Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 4009 del 2024, proposto da
Tau Medica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati Rosamaria Berloco, Giampaolo Austa, Giulio Rivellini, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio Giampaolo Austa in Roma, via Pompeo Magno, 7;

contro

Asl Roma 4, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Alessandra Belletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento di cui alla nota prot. n. PI039486-24, comunicata l'11.3.2024,
recante l'esclusione dalla gara europea a procedura telematica aperta, in unione di

acquisto, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per la fornitura di materiale protesico e dispositivi medici per chirurgia ortopedica (CIG 9014069);

- del verbale n. 3 dell'8.3.2024, in cui si dà conto delle operazioni di gara che hanno portato all'emanazione del provvedimento di esclusione;

e/o l'accertamento della nullità, ove occorrer possa,

- dei § 2.1, 2.2 e 13 del Disciplinare di gara e di ogni altro riferimento in esso contenuto al DCA n. U000247/2019 in quanto ritenuto requisito essenziale di partecipazione e/o di esecuzione;
- per quanto di ragione e ove occorrer possa, di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Roma 4;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2024 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Questi i fatti per cui è causa.

Con deliberazione n. 299 del 4.4.2023, l'ASL Roma 4 ha indetto una procedura aperta multi lotto finalizzata alla conclusione di accordi quadro per la fornitura di materiale protesico e dispositivi medici per chirurgia ortopedica.

Il bando, pubblicato in GUUE il 24.05.2023, è stato successivamente rettificato il 2.10.2023 e, pertanto, il termine ultimo per la presentazione delle offerte è scaduto il 10.11.2023.

TAU Medica ha partecipato alla gara e ha presentato la propria offerta il 9.11.2023 per i lotti nn. 76, 85, 86, 104, 105, 109, 125, per un controvalore a base d'asta complessivamente di € 944.426,00.

Con ordinanza n. 10 del 28.02.2024, il Direttore Generale dell'ASL ha nominato la Commissione giudicatrice.

Il RUP ha avviato le operazioni di gara e, nella prima seduta del 15.11.2023, ha dato inizio alla verifica delle buste contenenti la documentazione amministrativa dei partecipanti.

Con nota prot. n. PI027781-24 del 21.2.2024, è stato chiesto a TAU Medica di integrare la documentazione mancante e, in particolare, di trasmettere il DCA n. U000247/2019 firmato digitalmente per accettazione *“a pena di esclusione”* ... *“entro il termine perentorio non superiore a 10 gg”* dalla ricezione della medesima nota.

Tale nota specificava espressamente anche che: *“la suddetta documentazione dovrà essere inviata esclusivamente sulla piattaforma STELLA”*.

La TAU ha trasmesso il DCA sottoscritto digitalmente alla stazione appaltante con una PEC recapitata il 4.03.2024 alle ore 16:01:09 in quanto a quell'ora, il portale STELLA non consentiva più l'upload.

Solamente a seguito del mancato funzionamento del portale, la concorrente si è accorta che nella *“Comunicazione di verifica integrativa”* pubblicata sulla piattaforma Stella, erano indicato gli estremi della predetta nota prot. n. PI027781-24, la data e l'ora dell'invio della stessa, ed era altresì precisato che la risposta avrebbe dovuto pervenire entro le ore 10.00 del 4 marzo 2024.

Il successivo 8 marzo 2024, il seggio di Gara si è riunito, tra le altre cose, per esaminare la completezza della documentazione amministrativa presentata da TAU Medica e l'ha esclusa dalla gara.

Con il ricorso in esame, la TAU Medica ha chiesto l'annullamento, previa sospensione degli effetti del provvedimento di esclusione.

A sostegno della propria domanda ha articolato i motivi di diritto sintetizzati come segue:

- *“Violazione dell’art. 83, co. 8, d.lgs. 50/2016 – violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione – falsa applicazione dell’art. 83, co. 9, d.lgs. 50/2016”*: il provvedimento di esclusione dell’odierna ricorrente per non aver depositato in termini il DCA n. U000247/2019 sottoscritto per accettazione, introdurrebbe surrettiziamente una causa di esclusione non prevista dal Codice dei contratti pubblici e, quindi, meriterebbe di essere annullato. Il soccorso istruttorio dovrebbe essere utilizzato per sanare le carenze documentali essenziali, ossia rispetto a quelle irregolarità che possono determinare l’esclusione del concorrente e, quindi, non in casi come questo;

- *“Violazione dell’art. 83, co. 9, d.lgs. 50/2016 – violazione del termine di 10 giorni per il soccorso istruttorio – eccesso di potere per travisamento dei fatti e ingiustizia manifesta – violazione dell’art. 1, co. 2-bis, L. 241/1990 – violazione dei principi di buona fede e correttezza”*: l’Amministrazione resistente avrebbe illegittimamente escluso dalla gara l’odierna Ricorrente perché quest’ultima avrebbe: (i) violato il termine perentorio concesso per l’integrazione documentale e (ii) trasmesso il DCA via PEC e non tramite portale, modalità non consentita. In particolare, TAU Medica avrebbe dovuto avere a disposizione sino alle ore 24.00 del 4 marzo 2024 per presentare la documentazione mancante. La Stazione appaltante avrebbe ingenerato colpevolmente confusione prevedendo due termini diversi, indicando il limite delle 10.00 solo sul portale e non anche nella nota trasmessa il 21 febbraio 2024.

Si è costituita l’Amministrazione contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto e concludendo per la reiezione del ricorso.

All'udienza del 30 aprile 2024 la causa è stata trattenuta in decisione previo avviso di possibile sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a.

2. Si procede con lo scrutinio del primo motivo di ricorso con il quale viene dedotta la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

La censura è infondata per le ragioni che si vengono ad illustrare.

Osserva il Collegio che l'art. 83, co. 9, D.Lgs. n. 50/2016 prevede testualmente che:

“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”.

Orbene, nel caso in esame l'esclusione impugnata è stata disposta perché il documento richiesto con il soccorso istruttorio non è stato inviato entro le ore 10.00 del decimo giorno, e non perché non era stato inizialmente depositato nella documentazione amministrativa.

Dalla piana lettura del comma 9 risulta chiaro che l'esclusione per mancato rispetto del termine assegnato con il soccorso istruttorio non può in alcun modo essere ricompresa tra le *“ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice”* che il comma 8 dichiara nulle. Al contrario, è una sanzione espulsiva puntualmente prevista e dettagliata dal codice.

Ancora, è pacifico tra le parti che la TAU non aveva allegato il *“DCA n. U000247/2019 firmato digitalmente per accettazione”*, richiesto al par. 2.1, lett. n), e al

par. 13, n. 10 del disciplinare di gara. Trattasi di documento che disciplina le modalità di fatturazione e di pagamento dei crediti vantati nei confronti delle Aziende Sanitarie Locali, pertanto di rilevante importanza al fine dell'assegnazione della commessa e della disciplina della prestazione da parte dell'aggiudicatario.

Era quindi necessario che la concorrente integrasse la documentazione versata attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, previsto proprio per sanare le irregolarità relative agli elementi formali, atteso anche il tenore letterale dell'art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016 che, come visto, estende inequivocabilmente la possibilità di sanatoria a tutte le *“carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”*.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che: *“Il principio di autoreponsabilità nella presentazione e compilazione della domanda in un concorso pubblico non può portare all'esclusione del candidato a causa della mancanza di titoli, se questi sono effettivamente posseduti e dichiarati nella domanda, anche se compilata erroneamente. Nei concorsi pubblici, il ricorso al soccorso istruttorio è fondamentale per garantire una selezione equa dei migliori candidati per i posti pubblici e non è accettabile che un candidato meritevole venga escluso a causa di errori formali che potrebbero essere facilmente corretti con l'aiuto dell'Amministrazione. Un'errata selezione danneggerebbe infatti non solo l'interesse privato, ma anche quello pubblico, dato l'importante ruolo svolto dai dipendenti pubblici per il corretto funzionamento della pubblica amministrazione. In questa prospettiva, il soccorso istruttorio è lecito quando si tratta di correggere o regolarizzare informazioni erronee, senza compromettere la par condicio, specialmente se la mancanza contestata non rappresenta un motivo esplicito di esclusione”* (da ultimo, *ex multis*, T.A.R. Roma, sentenza n. 4956/2024).

Per quanto appena esposto la prima censura non è condivisibile.

3. Deve essere invece accolto il secondo motivo di ricorso, per le ragioni che si vengono ad illustrare.

Preliminarmente, il Collegio rileva la pretestuosità della difesa della ASL che sostiene – in spregio a quanto risulta in modo chiaro e incontrovertibile dalla documentazione versata in atti - che la scadenza del termine del soccorso istruttorio era sabato 2 marzo e non lunedì 4 marzo: invero, nella schermata del portale relativa alla richiesta di soccorso istruttorio - depositata da parte ricorrente - si legge: “Rispondere entro il 04/03/2024 ore 10:00:00”.

Peraltro l’indicazione del portale risulta corretta atteso che:

- l’Art. 52 c.p.a. prescrive che: *“1. I termini assegnati dal giudice, salva diversa previsione, sono perentori. 2. Il presidente può autorizzare la notificazione del ricorso o di provvedimenti anche direttamente dal difensore con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell'articolo 151 del codice di procedura civile. 3. Se il giorno di scadenza è festivo il termine fissato dalla legge o dal giudice per l'adempimento è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo. 4. Per i termini computati a ritroso, la scadenza è anticipata al giorno antecedente non festivo. 5. La proroga di cui al comma 3 si applica anche ai termini che scadono nella giornata del sabato”*;

- la giurisprudenza ha precisato che: *“Ai sensi degli artt. 155 c.p.c e 2963 c.c., il termine per l'attivazione e il compimento del procedimento amministrativo va calcolato escludendo il dies a quo e comprendendo il dies ad quem e con la proroga di diritto della scadenza nel giorno festivo al giorno lavorativo seguente, tenendo conto che l'art. 155 c.p.c. equipara il sabato ad un giorno festivo”* (TAR Ancona n. 18/2015). Ancora: *“Tale termine di dieci giorni, entro il quale l'impresa concorrente è tenuta ad ottemperare alla richiesta della stazione appaltante ha carattere perentorio, per cui la sua inosservanza determina l'esclusione del concorrente interessato. Tuttavia, i criteri di computo dei termini del procedimento amministrativo sono quelli che si rinvencono nella disciplina generale dettata dagli artt. 155 ss. c.p.c. e 2963 c.c. Pertanto, il termine va calcolato escludendo il dies a quo e comprendendo il dies a quem e con la proroga di diritto della scadenza nel giorno festivo*

al giorno lavorativo seguente, tenendo conto che l'art. 155 c.p.c. equipara il sabato ad un giorno festivo” (T.A.R. Napoli n. 661/2012);

- nel caso di specie la comunicazione è del 21 febbraio, conseguentemente i termini che sarebbero scaduti il 2 marzo sono prorogati al successivo 4 marzo essendo il 2 sabato.

Ciò doverosamente evidenziato, in relazione al preteso ritardo con il quale sarebbe stato trasmesso il documento (ore 16.01 anziché entro le ore 10.00 del medesimo giorno), deve essere rilevato che se è vero che sul portale era precisato che l'invio doveva essere effettuato entro le ore 10.00 (del 4 marzo 2024), è altrettanto vero che nella comunicazione allegata al portale stesso non vi è nessuna indicazione del predetto orario ma si legge esclusivamente “nel termine perentorio non superiore a 10 giorni dalla presente”.

Orbene, ritiene il Collegio che, a tutto concedere, la concorrente è incorsa in un errore scusabile, atteso che: le predette comunicazioni effettuate dalla Stazione appaltante avevano un diverso tenore letterale; in genere la scadenza dei termini per i depositi dei documenti coincide con le ore 24.00 dell'ultimo giorno.

La Commissione, pertanto, avrebbe dovuto fare applicazione dei principi di buona fede e leale collaborazione nonché del *favor participationis*.

Peraltro, deve osservarsi che il ritardo di cui si discute – di sole sei ore - è influente sull'andamento delle operazioni di gara atteso che la valutazione delle offerte è avvenuta solamente quattro giorni dopo, e segnatamente l'8 marzo 2024.

Per completezza, si evidenzia che nessuna rilevanza riveste la circostanza che la TAU abbia inviato il documento richiesto via PEC invece che tramite il portale, atteso che lo stesso non permetteva più di caricare alcunché sin dalle 10.00 del 4 marzo, e non avendo la ricorrente altro strumento di cui avvalersi.

4. In conclusione, il ricorso deve essere accolto nei termini sopra indicati.
5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Azienda Sanitaria Locale Roma 4 – ASL Roma 4 in persona del legale rappresentante pro tempore, alla refusione delle spese di lite che si quantificano in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre oneri e accessori come per legge, nonché alla restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Claudia Lattanzi, Presidente FF

Francesca Ferrazzoli, Primo Referendario, Estensore

Silvia Piemonte, Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Ferrazzoli

IL PRESIDENTE
Claudia Lattanzi

IL SEGRETARIO