



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 422 del 2012, proposto da:

Saniter Bice Mariottini S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Ranalli, Fabrizio Garzuglia, con domicilio eletto presso l'avv. Roberto Baldoni in Perugia, via Pievaiola, 21;

contro

Agenzia Umbria Sanita' (A.U.S.), rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Marucci, con domicilio eletto presso lo stesso in Perugia, via Bartolo N. 10;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera S.Maria di Terni;

per l'annullamento

esclusione da procedura aperta per la fornitura di materiale chirurgico

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Agenzia Umbria Sanita' (A.U.S.);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 settembre 2012 il dott. Cesare Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina del direttore dell'Agenzia Umbria Sanità n. 47/2011, è stata indetta una gara d'appalto mediante procedura aperta, per l'affidamento e la fornitura di dispositivi di chirurgia mini invasiva, saturatrici meccaniche e clips per emostasi occorrente alle aziende sanitarie della Regione Umbria.

1.1. L'appalto è stato suddiviso in 38 lotti per un valore complessivo stimato annuo di € 7.349.200,83 oltre iva e per una durata di 36 mesi.

1.2. La tipologia e le caratteristiche dei lotti sono state specificate nella scheda tecnica allegato "A" al Capitolato, dalla quale emerge che l'A.U.S. aveva ripartito lotti in:

- dispositivi elettrificabili: cioè compatibili e utilizzabili con apparecchiature elettromedicali (pinze: lotti 29, 30, 31 e 31; forbici: lotto 27; dissetto : lotto 26; manipolatore uterino con isterometro: lotto 28; sistema di lavaggio: lotti 37 e 38);

- dispositivi non elettrificabili: cioè solamente meccanici non utilizzati né utilizzabili con apparecchiature elettromedicali (suture: lotti 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12; estrattore punti: lotto 2; clips: lotto 15 e 16; applicatori: lotti 13,14 e 17; trocar lotti: 18, 19, 20, 21, 23 e 24; aghi: lotto 25; sacchetti di recupero: lotti 34 e 35; tamponi per chirurgia: lotto 36).

1.3. Il bando ha previsto la possibilità di presentare offerte per uno o più lotti e ha limitato le condizioni di partecipazione alla gara al possesso dei requisiti generali prescritti all'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 e all'indicazione del fatturato complessivo nel triennio 2008-2009-2010, al fatturato per forniture sanitarie analoghe a quello oggetto di gara nello stesso triennio e all'elenco delle principali forniture.

1.4. Il disciplinare di gara ha previsto quale motivo di esclusione:

- la presentazione nella busta contenente la scheda dell'offerta tecnica l'indicazione dei prezzi offerti;

- il ritardo nell'arrivo delle offerte;

- le offerte contenute in buste non sigillate sui lembi di chiusura;

- le offerte espresse in maniera indeterminata condizionate e/o con riferimento ad offerte relative ad altro appalto.

1.5. Il criterio di aggiudicazione è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83, d.lgs. n. 163/2006.

1.6. Il disciplinare e il capitolato speciale d'appalto hanno quindi previsto che la valutazione delle offerte fosse demandata al giudizio qualitativo della commissione giudicatrice ex art. 83, d.lgs. n. 163/2006.

2. Alla gara ha partecipato la ricorrente società Saniter Bice Mariottini s.r.l., presentando offerte esclusivamente per i lotti: 1, 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35 aventi per oggetto soltanto dispositivi non elettrificabili.

2.1. La ricorrente ha presentato l'offerta tecnica nella busta B inserendo la relativa scheda nelle forme prescritte dal disciplinare e tutta la documentazione tecnica prescritta nel capitolato e necessaria per la formazione del giudizio qualitativo da parte della commissione di gara.

2.2. Dalla stessa documentazione presentata (scheda tecnica predisposta secondo il modello dell'amministrazione, dichiarazione di assenza di lattice dai dispositivi, documento di trasporto recante la disponibilità dei prodotti e specifiche degli stessi) era evidente che i dispositivi offerti fossero non elettrificabili.

2.3. In data 18 giugno 2012 si è tenuta la prima seduta di gara alla quale non era presente alcun rappresentante della società Saniter Bice Mariottini s.r.l..

2.4. Con nota prot. 563 del 20 giugno 2012 è stata comunicata l'esclusione della società Saniter Bice Mariottini s.r.l. per tutti i lotti ai quali aveva partecipato.

2.5. A seguito della conoscenza del verbale n. 1 del 18 giugno 2012 la ricorrente ha appreso che l'esclusione era stata decretata dal responsabile unico del procedimento ed è stata comminata in relazione all'offerta tecnica presentata perché secondo il RUP:

2.5.A. Per i lotti 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35 non sarebbe stata presentata la documentazione richiesta al punto d) dell'art. 5 del capitolato di gara, ritenuta requisito essenziale dell'offerta tecnica;

2.5.B. Per il lotto 1 la ditta avrebbe offerto un numero di riferimenti inferiore all'80% di quanto richiesto nella documentazione di gara.

2.6. La ricorrente assume che la decisione di esclusione sarebbe stata adottata da un soggetto privo di competenza funzionale e tecnica (il RUP e non la Commissione Giudicatrice) e in contrasto con le prescrizioni del bando.

Infatti:

2.6.A. la disposizione dell'art. 5 lett. d) del capitolato era riferita solo alle offerte relative a dispositivi elettrificabili mentre la società Saniter Bice Mariottini s.r.l. aveva partecipato solo ai lotti aventi per oggetto dispositivi non elettrificabili; né il capitolato né altra norma della lex specialis della gara prevedono la sanzione dell'esclusione per la mancata indicazione della frase "non previsto il punto d)"; nessuna dichiarazione è prevista per i dispositivi non elettrificabili;

2.6.B. la decisione assunta in merito al lotto 1 implica una valutazione nel merito dell'offerta tecnica che è espressamente affidata alla commissione e non al RUP; l'offerta della ricorrente corrisponde alle caratteristiche sostanziali e numeriche richieste dalla documentazione di gara.

2.7. All'istanza di annullamento in autotutela è stata dato riscontro con il rigetto di cui alla nota n. 630 del 12 luglio 2012.

2.8. Avverso l'esclusione, la ricorrente ha formulato sei distinti ordini di censure, di cui i primi cinque nei confronti della motivazione "non previsto il punto d)" e il sesto nei riguardi dei riferimenti previsti per il lotto 1.

3. Per quanto attiene ai lotti 1, 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35:

I - Violazione degli artt. 3 e 5 del disciplinare di gara, dell'art. 5 del capitolato di gara e dell'art. III.2. del bando nonché del principio di tassatività delle cause di esclusione.

I.1. le offerte tecniche per i lotti 1, 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35 sono in perfetta corrispondenza con le prescrizioni degli artt. 3 e 5 del disciplinare e dell'art. 5 del capitolato;

I.2. la mancanza della nota recante la dizione "non previsto il punto d)" non è sanzionata con l'esclusione dalla gara, come emerge dall'art. 3 del disciplinare.

II - Violazione dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. III.2 del bando, dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di trasparenza nonché dell'art. 5 del capitolato speciale;

II.1. la ricorrente ha presentato l'offerta tecnica corredata di tutti gli elementi essenziali indicati nell'art. 5 del capitolato affinché la commissione giudicatrice potesse esprimere la sua offerta;

II.2. la mancanza della nota recante la dizione "non previsto il punto d)" riferita ai dispositivi non elettrificabili non può essere considerata causa di esclusione: il requisito di cui alla lett. d) dell'art. 5 del capitolato si riferisce soltanto ai dispositivi elettrificabili. Per i dispositivi elettrificabili corrispondenti ai relativi lotti messi in gara (pinze: lotti 29, 30, 31, m 32; forbici; lotti 27; dissetto: lotto 26, manipolatore uterino con dissetto: lotto 28; sistemi di lavaggio lotti 37 e 38) ai quali la ricorrente non ha partecipato, è necessario conoscere la compatibilità con le apparecchiature elettromedicali utilizzate e utilizzabili. I dispositivi "non elettrificabili" non essendo utilizzabili con le apparecchiature elettromedicali non necessitano di alcuna dichiarazione.

II.3. Non è sostenibile che la dizione "non previsto il punto d)" fosse necessaria per distinguere i dispositivi elettrificabili da quelli non elettrificabili in quanto:

II.3.A. tale finalità non è scritta nel capitolato;

II.3.B. l'appalto è stato suddiviso in 38 lotti nei quali i dispositivi elettrificabili sono distinti da quelli non elettrificabili senza che ciò sia noto alla commissione che esprime il suo giudizio sulla qualità dei dispositivi;

II.3.C. la documentazione tecnica prodotta in sede di gara rendeva evidente la caratteristica non elettrificabile dei dispositivi offerti.

II.4. La commissione aveva elementi sufficienti per desumere la natura non elettrificabile dei dispositivi essendo in possesso della scheda tecnica recante la descrizione dell'offerta, della dichiarazione della ditta produttrice relativa all'assenza di lattice, del documento di trasporto recante le specifiche relative ai lotti.

III - Violazione dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 e dei principi di logicità e ragionevolezza nella formazione della lex specialis.

III.1. L'art. 5 del capitolato presenta una formulazione di dubbio significato: deve pertanto trovare applicazione il principio della massima partecipazione che non è stato osservato;

III.2. la sanzione dell'esclusione in caso di documentazione mancante va interpretata in base al principio di proporzionalità: l'esclusione della ricorrente è avvenuta in base ad un criterio puramente formale;

III.3. l'impugnazione delle clausole del capitolato è possibile anche quando in sede di gara si siano dimostrate favorevoli al partecipante.

IV - Violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 in combinato disposto con l'art. 120, DPR n. 207/2010 e del principio di trasparenza.

IV.1. L'apertura dei plichi contenente le offerte tecniche è stata effettuata dal RUP e non dalla Commissione di gara, che non era ancora stata costituita al momento di apertura delle buste.

IV.2. è illegittimo l'art. 6 del disciplinare nella parte in cui attribuisce al RUP funzioni proprie della commissione giudicatrice quali l'apertura delle buste contenenti le offerte.

V - Violazione dell'art. 10 d.lgs. n. 163/2006, in combinato disposto con l'art. 120, DPR n. 207/2010 e illogicità.

La dott.ssa Anna Maria Angione dipendente dall'azienda ospedaliera Santa Maria di Terni con la qualifica di "collaboratore amministrativo esperto" non ha la competenza necessaria per provvedere all'apertura delle buste.

3.1. Per quanto attiene al lotto 1, sono richiamati i motivi IV e V e si adduce inoltre:

VI - violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità nonché dell'art. 2 del disciplinare e dell'art. 6 del capitolato.

VI.1. la ricorrente ha presentato l'offerta solo per la suturatrice a 35 punti per la quale è stato indicato un fabbisogno di 23.255 pezzi e non ha presentato offerta per la suturatrice a 15 punti per la quale era prevista la quantità di 2.650 pezzi: non è giustificata l'esclusione dall'intero lotto.

VI.2. l'esclusione non si giustifica con la competenza della commissione giudicatrice;

VI.3. Cumulando i prodotti indicati nel lotto 1, i dispositivi offerti dalla ricorrente raggiungono l'80% del totale tra i due dispositivi/ riferimenti.

4. Si è costituita in giudizio l'Agenzia Umbria Sanità chiedendo il rigetto del ricorso ed eccependone l'inammissibilità con riguardo alle clausole del bando immediatamente lesive per la ricorrente.

4.1. La società Saniter Bice Mariottini s.r.l. ha replicato con memoria.

5. La causa viene in decisione alla camera di consiglio del 5 settembre 2012.

DIRITTO

1. Relativamente alla gara d'appalto a procedura aperta, per l'affidamento e la fornitura di dispositivi di chirurgia mini invasiva, saturarci meccaniche e clips per emostasi occorrente alle Aziende sanitarie locali della Regione Umbria, sono impugnati dalla società ricorrente Saniter Bice Mariottini S.r.l. i seguenti atti e provvedimenti:

a) verbale di gara n. 1 del 18 giugno 2012 con il quale, in relazione alla documentazione amministrativa, la ditta ricorrente è stata esclusa dal prosieguo della procedura per il lotto n. 1 in quanto ha offerto un numero di riferimenti inferiore all'80% di quanto richiesto nella documentazione di gara (la documentazione prevede: possono concorrere all'aggiudicazione le ditte la cui offerte comprendono almeno l'80% dei riferimenti compresi nel lotto); e, in relazione alla documentazione tecnica, la ditta non è ammessa al prosieguo della procedura ex art. 46, D.Lgs. n. 163/2006, in quanto - dopo avere proceduto all'apertura delle buste tecniche riferite ai soli lotti 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35 - non sarebbe stata presentata la documentazione richiesta al punto d) dell'art. 5 del capitolato di gara, ritenuta requisito essenziale dell'offerta tecnica;

b) la nota prot. 563 del 20 giugno 2012 con la quale è stata comunicata l'esclusione per tutti i lotti ai quali la ricorrente aveva partecipato e la nota n. 630 del 12 luglio 2012 con cui è stata rigettata l'istanza di annullamento in

autotutela;

c) l'art. 5 del capitolato speciale relativo alla procedura aperta limitatamente alla parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di ritenere requisito essenziale per l'ammissione dell'offerta tecnica la presentazione della nota recante la dizione "non previsto il punto d)" riferita ai dispositivi non elettrificabili; ovvero nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di considerare motivo di esclusione la mancata presentazione della nota recante la dizione "non previsto il punto d)";

d) l'art. 6 del capitolato nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di imporre il limite dell'80% di prodotti da fornire per ciascuna delle due tipologie di dispositivi relativamente al lotto n.1;

e) l'art. 3 del disciplinare di gara qualora dovesse far proprio il contenuto degli artt. 5 e 6 del capitolato speciale di appalto nei limiti sopraindicati;

f) l'art. 6 del disciplinare di gara nella parte in cui attribuisce al RUP funzioni proprie della commissione giudicatrice e regola le modalità di svolgimento della gara.

2. Come specificato nel verbale n. 1 del 18 giugno 2012, la ricorrente è stata esclusa dalla gara perché, quanto alla documentazione amministrativa, per il lotto n. 1 avrebbe offerto un numero di riferimenti inferiore all'80% di quanto richiesto nella documentazione, difformemente dall'art. 6 del capitolato speciale d'appalto e, quanto alla documentazione tecnica, per i lotti 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35 non sarebbe stata presentata la documentazione richiesta al punto d) dell'art. 5 del capitolato di gara, ritenuta requisito essenziale dell'offerta tecnica.

2.1. Relativamente all'esclusione dal lotto 1, per violazione dell'art. 6 del capitolato speciale d'appalto che ammetteva a "concorrere all'aggiudicazione le ditte le cui offerte comprendano almeno l'80% dei riferimenti compresi nel lotto ...", l'Agenzia Umbria Sanità, costituita in giudizio, ha motivato il fondamento della disposizione del capitolato nella necessità dell'indicazione del totale della fornitura per ogni lotto sommando la richiesta di ogni azienda ospedaliera o unità sanitaria e prescrivendo conseguentemente che la ditta avrebbe dovuto fornire un prodotto pari al almeno l'80% del totale.

2.1.1. Il lotto 1 (suture cutanee monouso) era suddiviso in due diversi tipi di prodotto: suturatrice a 35 punti e suturatrice a 15 punti: dalla stazione appaltante, per l'una è stato indicato un fabbisogno di 23.255 pezzi e per l'altra di 2.650 pezzi.

2.1.2. Dalla documentazione depositata in atti dalla ricorrente (sub 12 dell'elenco in data 23.07.2012), si evince che, relativamente al lotto n. 1, (suture cutanee monouso) non era stata presentata alcuna offerta per la suturatrice a 15 punti mentre per la suturatrice a 35 punti è presente una scheda compilata per il solo codice ditta (F35R) e per il numero dei pezzi nella confezione (5).

2.1.3. L'esclusione dal lotto n. 1 è perciò stata ingenerata dalla circostanza - puramente fattuale - che il prodotto fornito non raggiungeva il quantitativo minimo previsto dal capitolato speciale (pari al almeno l'80% del totale).

2.2. Vanno perciò disattesi il IV motivo di ricorso nella parte in cui afferma che il RUP si sarebbe spinto a una vera e propria fase valutativa del merito delle offerte e il VI motivo nella parte in cui afferma che la mancata presentazione dell'offerta per la suturatrice a 15 punti e l'insufficienza dell'offerta per la suturatrice a 35 punti non giustificano l'esclusione ad opera della stazione appaltante ma consentono soltanto di non attribuire punteggio per il lotto n. 1.

2.2.1. In aggiunta al carattere solamente formale della cesura, il Collegio osserva che la limitazione alla partecipazione alla gara delle offerte con almeno l'80% dei riferimenti compresi nel lotto è giustificata sul piano sostanziale dalla possibilità, anche prevista nell'art. 6 del capitolato speciale, di completare l'offerta con almeno l'80% dei prodotti ad opera della stessa stazione appaltante "calcolando, per ciascun prodotto mancante il maggior

prezzo offerto dai concorrenti (si intende prezzo decurtato della sconto).

2.2.2. La limitazione e la conseguente esclusione appaiono sorrette dall'esigenza di attribuire omogeneità alle varie offerte, prescrivendo una quantità minima di fornitura necessaria per partecipare alla gara calcolata sulla necessità manifestata dalle aziende sanitarie di servire.

2.2.3. La prescrizione è perciò ineccepibile sul piano della logica e dell'interesse pubblico alla corretta formulazione del bando di gara, nel quale le esigenze dell'apertura al maggior numero di partecipanti non possono essere disgiunte da quelle dell'amministrazione di individuare l'offerta migliore per quanto attiene alle modalità di espletamento del servizio.

2.3. Le censure devono essere conseguentemente rigettate e l'esclusione della ricorrente confermata.

3. Oggetto dei primi tre motivi è l'esclusione dalla gara in relazione all'offerta tecnica per i lotti 2, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 34 e 35, in quanto la partecipante non avrebbe presentato la documentazione richiesta al punto d) dell'art. 5 del capitolato di gara, ritenuta requisito essenziale dell'offerta tecnica.

3.1. Si assume nella censura: - che le offerte tecniche per i lotti erano assolutamente in linea con le prescrizioni degli artt. 3 e 5 del disciplinare e con l'art. 5 del capitolato e che era irrilevante la mancanza della nota "non previsto il punto d" (I° motivo); - che l'assenza di detta nota non può essere considerata motivo di esclusione perché riguardava i soli dispositivi elettrificabili e non quelli non elettrificabili ai quali si riferiva l'offerta della ricorrente (II° motivo); - che in ogni caso la clausola relativa alla nota doveva essere interpretata con applicazione del criterio della massima partecipazione (III° motivo).

3.1.1. Nessuna delle censure è suscettibile di favorevole apprezzamento da parte del Collegio.

4. La gara concemeva, come premesso in narrativa, l'affidamento e la fornitura di dispositivi di chirurgia mini invasiva, saturarci meccaniche e clips per emostasi, suddivisa in 38 lotti e con la tipologia e le caratteristiche dei lotti specificate nella scheda tecnica allegato "A" al Capitolato.

4.1. In relazione alle caratteristiche delle apparecchiature componenti i singoli lotti, era stata prevista dalla stazione appaltante la ripartizione in dispositivi elettrificabili, compatibili e utilizzabili cioè con le apparecchiature elettromedicali (pinze: lotti 29, 30, 31 e 31; forbici: lotto 27; dissestare : lotto 26; manipolatore uterino con isterometro: lotto 28; sistema di lavaggio: lotti 37 e 38) e dispositivi non elettrificabili, solamente meccanici, cioè, non utilizzati né utilizzabili con apparecchiature elettromedicali (suture: lotti 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12; estrattore punti: lotto 2; clips: lotto 15 e 16; applicatori: lotti 13,14 e 17; trocar lotti: 18, 19, 20, 21, 23 e 24; aghi: lotto 25; sacchetti di recupero: lotti 34 e 35; tamponi per chirurgia: lotto 36).

4.2. In relazione all'obbligo previsto per la documentazione tecnica dall'art. 3 del disciplinare, di presentare copia dell'offerta economica senza indicazione dei prezzi si da rendere possibile evincere gli articoli offerti e dal successivo art. 5 di presentare tante buste chiuse contenenti la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica (contrassegnate rispettivamente con le lettere A, B e C), il punto d) dell'art. 5 del capitolato speciale richiedeva "per i dispositivi elettrificabili ... apposita dichiarazione dalla quale risulti l'elenco delle apparecchiature compatibili con i dispositivi stessi (per i dispositivi non elettrificabili ... apposita nota recante la seguente dizione – non previsto punto d)"

4.3. In assenza della dichiarazione, la ricorrente è stata esclusa dalla successiva fase di valutazione dell'offerta economica sull'assunto che la stessa fosse elemento essenziale dell'offerta tecnica.

4.4. Secondo l'art. 5 del disciplinare, la mancanza di quanto richiesto ... al punto d) ... essendo ritenuto requisito essenziale dell'offerta tecnica (al fine di esprimere il giudizio qualitativo) avrebbe comportato la non valutazione dell'offerta economica limitatamente al lotto interessato.

4.5. Nell'ambito della lex specialis della gara, siffatta previsione assume valore di una disposizione ad hoc la cui

inosservanza produce di per sé esclusione della partecipante dalla gara perché è diretta a distinguere le prestazioni offerte dai partecipanti che costituiscono l'oggetto della gara e pertanto l'elemento essenziale del contratto da stipulare.

4.6. Dalla sua inosservanza deriva perciò l'“incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta” in presenza della quale è consentito alla stazione appaltante di escludere automaticamente l'offerta ai sensi dell'art. 46, co. 1-bis, d.lgs. n. 163/2006 (modificato dall'art. 4, co. 2, lett. d), D.L. n. 70/2011).

4.7. Anche se il contenuto delle offerte tecniche presentate dalla Saniter Bice Mariottini era apparentemente conforme all'art. 3 del disciplinare, era sostanzialmente difforme dall'art. 5 dello stesso in quanto non consentiva di distinguere i dispositivi elettrificabili da quelli che non lo erano, come necessario per la validità dell'aggiudicazione e del successivo contratto da stipulare.

5. Unitamente al primo va rigettato il secondo motivo del ricorso, di violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 46, d.lgs. n. 163/2006, sia perché l'assenza della nota “non previsto il punto d” non sarebbe prevista quale espresso motivo di esclusione sia perché non costituirebbe una prescrizione il cui mancato adempimento comporta l'esclusione della concorrente.

5.1. In quanto l'oggetto della gara prevedeva dispositivi elettrificabili e non elettrificabili, l'omessa indicazione della nota “non previsto il punto d” comporta l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e implica l'esclusione della partecipante dalla gara secondo l'art. 46, co. 1-bis, d.lgs. n. 163/2006 alla cui stregua è possibile comminare l'esclusione automaticamente a senza motivazione alcuna (T.A.R. Abruzzo Pescara, sez. I, 9 novembre 2011, n. 632; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 7 ottobre 2011, n. 7785).

5.2. Rappresenta infatti una petizione di principio che non fosse necessaria l'indicazione della nota “non previsto il punto d”, avendo la società ricorrente Saniter Bice Mariottini s.r.l., partecipato alla gara presentando offerte esclusivamente per i lotti aventi per oggetto soltanto dispositivi non elettrificabili: e ciò in quanto non essendo utilizzabili con apparecchiature elettromedicali, i dispositivi non elettrificabili non necessitano di alcuna dichiarazione.

5.3. La stazione appaltante non ha, infatti, diviso i lotti considerando autonomamente i dispositivi elettrificabili e non elettrificabili ma ha chiesto alle ditte partecipanti di indicare le apparecchiature compatibili con i dispositivi elettrificabili e di dichiarare quelli che non lo sono.

5.4. Il mancato assolvimento di siffatto onere implica l'esclusione della ricorrente dalla gara senza che possa essere invocato il potere di soccorso dell'amministrazione o la specifica competenza della commissione giudicatrice, come si afferma anche nel terzo motivo anch'esso da rigettare.

6. La stazione appaltante non può sopperire con il cd. potere di soccorso alla totale mancanza di un atto prescritto dalla lex specialis di gara, in quanto l'esercizio di siffatto potere è limitato all'integrazione di semplici chiarimenti di un atto incompleto: l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non possono considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa la regolarizzazione postuma (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 16 novembre 2011, n. 1687; Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365).

6.1. L'immanenza nelle pubbliche gare della par condicio fra i concorrenti non permette di ricorrere all'integrazione o regolarizzazione postuma documentale e implica poi che la commissione giudicatrice possa rimediare con la propria conoscenza a vizi puramente formali ma non possa supplire a incertezze interpretative sul contenuto dell'offerta, se questa presenti plurime soluzioni o si riveli non conforme ai requisiti richiesti dalla disciplina di gara, sì da configurarsi in concreto come non attendibile (Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2011, n. 1696).

6.2. Anche se la garanzia della massima partecipazione alle gare costituisce principio comunitario di portata generale nell'interpretazione delle clausole di dubbio significato (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 9 ottobre 2009, n.

9861), la stazione appaltante non può sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento: invero i criteri ermeneutici che obbligano all'integrazione o alla regolarizzazione postuma operano in presenza di equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole, trattandosi di rimediare a vizi puramente formali (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 449), ma non quando manchi l'allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione e le altre partecipanti si siano adeguate spontaneamente alla *lex specialis* così superando ogni dubbio di ambiguità della stessa.

6.3. Le censure in esame, riferite ai primi tre motivi, sono perciò infondate e vanno conseguentemente respinte.

7. Devono essere a tal punto esaminati e respinti anche il IV e il V motivo nei quali si afferma, per un verso, la violazione dell'art. 120, DPR n. 207/2010 come modificato dall'art. 12, D.L. n. 52/2012 in quanto l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica è stata effettuata dal RUP e non dalla Commissione di gara e di deduce, per altro verso, la violazione dell'art. 10, D.Lgs. n. 163/2006 in combinato disposto con l'art. 10, DPR n. 207/2010 per mancanza in capo al RUP delle specifiche competenze tecnico - professionali per valutare i dispositivi in appalto.

7.1. A mente del verbale di gara n. 1 del 18 giugno 2012, il RUP, constatata la regolarità esterna dei plichi, ha proceduto per ciascuno di essi, all'apertura, alla verifica della presentazione della busta contenente la documentazione amministrativa (Busta A), la documentazione tecnica (Busta B, l'offerta economica (Busta C). Ha altresì conseguentemente proceduto all'apertura della Busta A e delle Busta B e alla verifica della produzione e rispondenza della documentazione amministrativa a quanto richiesto dall'art. 2 del disciplinare di gara e alla produzione della documentazione tecnica richiesta dall'art. 5 del capitolato e all'art. 2 del disciplinare.

7.2. Dal verbale in esame, risulta che oltre ai testimoni erano presenti i rappresentanti di alcune ditte partecipanti alla gara (Tecnogamma, Conmed, Johnson e Johnson, Aspensa, Applied Medical, TAU Medica, Tecnosanimed).

7.3. Sotto il profilo sostanziale, sono, con ciò, da ritenere osservate le regole di trasparenza dalle quali è scaturita l'emanazione dell'art. 12, D.L. n. 52/2012, dopo la pronuncia n. 13/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha ritenuto necessaria l'apertura pubblica delle buste contenenti l'offerta tecnica.

7.4. La stessa sentenza riduce la verifica dei documenti contenuti nella busta relativa all'offerta tecnica a un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione di ufficializzare l'acquisizione della documentazione di cui l'offerta stessa si compone con la conseguenza che l'operazione non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente.

7.5. E' pertanto sufficiente - ad avviso del Collegio - che a siffatte operazioni abbia proceduto il RUP e non la commissione di gara come previsto dall'art. 12 D.L. n. 52/2012, entrato in vigore nel corso del procedimento, essendo in ogni caso stato osservato il requisito della pubblicità della seduta nel corso della quale sono stati aperti i plichi contenenti l'offerta tecnica al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti.

7.6. La censura in esame, appuntata anche nei confronti dell'art. 6 del disciplinare nella parte in cui regola le modalità di svolgimento dell'apertura delle buste deve essere conseguentemente rigettata.

8. Nel carattere meramente estrinseco e formale degli adempimenti previsti dall'art. 6 del disciplinare di gara e descritti nel verbale di gara n. 1 del 18 giugno 2012, va ravvisata anche l'infondatezza del V motivo di violazione dell'art. 10, D.Lgs. n. 163/2006.

8.1. Si contesta in particolare la competenza della dott.ssa Angione, dipendente dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni, a procedere alle operazioni riportate nel verbale perché priva delle specifiche competenze professionali richieste dal quinto comma dell'art. 10, D.Lgs. n. 163/2006 che obbliga il responsabile del procedimento a possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato.

8.2. Le funzioni svolte dalla dott.ssa Angione non esulano perciò dal carattere meramente formale e dalla constatazione dell'integrità delle buste e della loro conformità a quanto prescritto dalla *lex specialis* di gara. Di per

sé considerate, tali funzioni non implicano alcuna valutazione di ordine tecnico o discrezionale circa il carattere delle offerte presentate. La qualifica rivestita dal RUP nell'organigramma dell'ente è perciò pienamente idonea all'esercizio dei compiti demandate.

9. Il ricorso va conseguentemente respinto.

9.1. La particolare complessità della materia e l'intervento di novità legislative in corso di gara costituisce motivo sufficiente per compensare integralmente le spese del giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria definitivamente decidendo, respinge il ricorso e compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 5 settembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente, Estensore

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)