

N. 00333/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00200/2025 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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 200 del 2025, proposto da Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG B269276B5A, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica, Carlo Lucioni, Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arianna Cecutta, Giulia Valzania, Katia Monti, con domicilio eletto presso lo studio Arianna Cecutta in Bologna, via Castiglione n. 29;

nei confronti

Sago Medica S.r.l., Iredeem S.p.A., non costituiti in giudizio; Tecnolife S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Elisa Batino, Annamaria Pacialeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della Determinazione del Direttore del Servizio Acquisti di Area Vasta - SAAV (SC) n. 133 del 20.01.2025, recante “Esito della Procedura Aperta per l’acquisizione in Accordo Quadro con 3 Operatori Economici e senza rilancio competitivo, della durata di 4 anni di “apparecchiature varie per attività ambulatoriale” suddivisa in nove lotti, per l’allestimento Case della Comunità dell’Azienda USL di Bologna previste nell’ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e per le necessità di tutte le Aziende Sanitarie dell’AVEC”, con riferimento all’esclusione dell’offerta di Stryker Italia S.r.l. presentata nel Lotto n. 1 e all’aggiudicazione del medesimo, trasmesso via PEC il 22.01.2025, con la nota prot. n. 8590 del 20.01.2025, recante “Esito della procedura”;
- dei Verbali di gara;
- della nota prot n. 8588 del 21.01.2025, recante “Comunicazione di esclusione” dell’offerta presentata da Stryker Italia S.r.l. per il Lotto n. 1 della procedura on oggetto;
- della nota prot. n. 0018516 dell’11.02.2025, recante “Risposta a Istanza di revoca e/o annullamento in autotutela - Ditta Stryker Italia srl”;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con espressa riserva di motivi aggiunti, nonché di agire nel presente giudizio o in separata sede per il risarcimento dei danni;

per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere, anche a titolo di risarcimento in forma specifica la riammissione della propria offerta relativa la Lotto n. 1 e l'aggiudicazione definitiva dell'Accordo quadro relativo al predetto Lotto n. 1, con diritto ad ottenere la stipula del contratto;

in subordine, laddove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, Stryker Italia S.r.l si riserva di agire in separata sede per il risarcimento del danno per equivalente;

nonche per la declaratoria di inefficacia dell'Accordo quadro relativo al Lotto n. 1 della procedura in oggetto, nella denegata ipotesi in cui, nelle more della presente impugnazione, fosse stato sottoscritto (in ogni caso, si tratta di atto non conosciuto); e per il subentro di Stryker Italia S.r.l. nell'aggiudicazione del Lotto n. 1 e nell'Accordo quadro, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecnolife S.r.l. e di Azienda Usl di Bologna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2025 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'ASL di Bologna indiceva una procedura aperta per l'acquisizione in Accordo Quadro, per la durata di 4 anni, di "apparecchiature varie per attività ambulatoriale" suddivisa in nove lotti, per l'allestimento Case della Comunità dell'Azienda USL di

Bologna previste nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e per le necessità di tutte le Aziende Sanitarie dell'AVEC, da aggiudicarsi in base al prezzo più basso ai sensi dell'art. 108 del D.Lgs. n. 36/2023.

In relazione al lotto 1 (avente ad oggetto defibrillatori - "DAE") era previsto un importo a base di gara (importo totale soggetto a ribasso) di euro 1.500.000,00 (art. 3 Disciplinare) e una quantità iniziale pari a 19 unità. Per la formulazione dell'offerta economica il Disciplinare (art. 17) stabiliva che l'operatore *"deve compilare in ogni sua parte l'Allegato E – Scheda offerta economica, al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze"*; il suddetto *"Allegato E – Scheda Offerta Economica"* richiedeva di indicare il *"prezzo unitario con lo sconto applicato (IVA esclusa)"* e fronte di un *"Prezzo unitario a base d'asta IVA esclusa"* già riportato dall'Amministrazione in euro 1.000,00. L'Allegato E doveva, inoltre, essere caricato sulla piattaforma telematica in cui dovevano essere compilati i campi del Format del Portale, in cui era indicato, tra l'altro, il *"valore a base d'asta iva esclusa"* indicato in euro 1.500.000,00, il *"prezzo offerto per UM IVA esclusa"* e il *"Valore offerto"*; il sistema provvedeva a generare il *"valore economico"* e il *"ribasso"*.

All'esito delle operazioni di gara l'Amministrazione, con determinazione n. 133/2025 di aggiudicazione della procedura di gara, disponeva, tra l'altro e per quanto qui rileva, l'esclusione dell'offerta presentata dalla ditta Stryker Italia srl, in relazione al lotto 1, per aver presentato *"un'offerta sulla Piattaforma SATER e una diversa nell'Allegato E – Scheda offerta economica, pertanto non è stato possibile individuare l'offerta effettiva, risultando la stessa indefinibile (Verbale n. 3 agli atti di questo servizio)"*; con nota del 21.1.2025 l'Amministrazione comunicava a Stryker Italia srl che *"con determinazione n. 133 del 20/01/2025 adottata dal Direttore del Servizio Acquisti di Area Vasta, codesta Ditta è stata esclusa dalla procedura di gara e quindi dalla graduatoria finale, per*

aver nel merito depositato un'offerta economica irregolare in quanto non rispettosa dei documenti di gara, secondo quanto stabilito dall'art. 20 del Disciplinare e non palesante l'effettiva volontà negoziale che lo stesso concorrente ha inteso manifestare”.

Con ricorso depositato in data 19.2.2025, munito di istanza cautelare, la società Stryker Italia srl (di seguito solo “Stryker”) ha impugnato la suddetta determinazione e gli ulteriori atti in epigrafe meglio indicati lamentando l'illegittimità della propria esclusione.

Nelle premesse in fatto la ricorrente ha precisato quanto segue:

-di aver compilato l'Allegato E inserendo il costo unitario per singolo sistema offerto (455,70 euro), nonché, per chiarezza e completezza, il costo totale della propria offerta, proiettando lo sconto offerto sulla base d'asta per il singolo defibrillatore sulla base d'asta complessiva ($455,70:1000=x:1.500.000$, cioè $(455,70 \times 1.500.000)/1000=683.550,00$ euro);

-di aver compilato il Format del Portale (Piattaforma Sater) e –considerate le oggettive differenze rispetto all'Allegato E- di aver inserito il valore complessivo della propria offerta, calcolato estendendo lo sconto offerto su base del singolo pezzo al valore complessivo del Lotto n. 1 ($455,70:1000=x:1.500.000$, cioè $(455,70 \times 1.500.000)/1000$), ottenendo il valore totale dell'offerta pari a 683.550,00 euro; il sistema ha, conseguentemente, generato il ribasso offerto sulla base d'asta $(1.500.000,00-683.550,00)$ pari a 816.450,00 euro;

-che la propria offerta è stata, quindi, compilata correttamente e non presenta alcuna contraddizione e che l'Amministrazione avrebbe potuto effettuare la verifica con una semplice operazione matematica;

-che a seguito di accesso agli atti è emerso che altri concorrenti (pur ammessi alla procedura) avevano compilato il Format in maniera differente e del tutto illogica e che, comunque, il Format in oggetto risultava, quantomeno, poco chiaro;

-che la propria esclusione sarebbe, pertanto, palesemente arbitraria, illegittima e anche contraria agli interessi pubblici dell'Amministrazione, atteso che la ricorrente ha offerto un prodotto ad un costo nettamente inferiore alle ditte concorrenti;

-che nemmeno la richiesta di autotutela ha sortito effetti, in quanto l'Amministrazione ha confermato la disposta esclusione.

Tanto precisato, la ricorrente ha articolato, in estrema sintesi, le seguenti censure:

“1. *Violazione e/o falsa applicazione degli atti di gara. – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 107, c. 1, d.lgs. 36/2023. – eccesso di potere per carenza di istruttoria e per carenza dei presupposti di fatto*”; la motivazione posta a base dell'esclusione sarebbe errata atteso che, a differenza di quanto sostenuto dalla Stazione Appaltante, Stryker non avrebbe presentato un'offerta sul Format della Piattaforma diversa da quella presentata nell'Allegato E, né sarebbe impossibile individuare l'effettiva offerta presentata; in ogni caso l'offerta economica era costituita dal solo Allegato E e non dal Format presente sulla Piattaforma, che richiedeva, quale valore da inserire, l'importo complessivamente offerto sulla base del valore complessivo di euro 1.500.000,00 e non quello del singolo defibrillatore; “2. *Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, 10 e 107, c. 1, d.lgs. 36/2023. – violazione e/o falsa applicazione del principio del favor participationis. – eccesso di potere per manifesta illogicità*”; ove non fossero condivise le conclusioni di cui al precedente motivo, gli atti di gara sarebbero da considerarsi quanto meno ambigui, con la conseguenza che l'offerta della ricorrente avrebbe dovuto essere ammessa in gara in applicazione del principio del *favor participationis*; “3. *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 101, cc. 3 e 4, d.lgs. 36/2023. – violazione e/o*

falsa applicazione del principio del favor participationis. – eccesso di potere per manifesta illogicità. – eccesso di potere per carenza di motivazione”; sempre nel caso in cui non fossero condivise le conclusioni di cui al primo motivo, l’esclusione sarebbe comunque illegittima in quanto l’Amministrazione avrebbe dovuto ricorrere al soccorso procedimentale ai sensi dell’art. 101, comma 3, del D.Lgs. n. 36/2023, ovvero considerare la (asseritamente difforme) compilazione del Format un mero errore materiale; “4- *Violazione dell’art. 3, d.lgs. 36/2023. – eccesso di potere per manifesta violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento. – eccesso di potere per manifesta contraddittorietà*”; l’Amministrazione avrebbe gestito l’intera procedura in maniera arbitraria, come risulterebbe dall’ammissione alla gara di altro operatore economico che aveva presentato offerte differenti nell’Allegato E e nel Format della Piattaforma.

Si è costituita in giudizio l’Azienda Usl di Bologna che ha contestato le censure avversarie chiedendone il rigetto per infondatezza.

Anche la controinteressata Tecno Life srl si è costituita in giudizio eccependo, in via pregiudiziale, l’inammissibilità del ricorso per difetto di rappresentanza processuale conseguente all’inesistenza/nullità della procura alle liti, in quanto il firmatario della medesima non sarebbe munito dei relativi poteri; nel merito ha contestato le censure avversarie in quanto infondate.

Alla camera di consiglio del 12 marzo 2025, sentite le parti come da verbale di causa, il ricorso è stato trattenuto in decisione, potendo essere definito con sentenza in forma semplificata.

Va, preliminarmente, respinta l’eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza del potere di rappresentanza processuale sollevata dalla controinteressata.

Premesso che la procura alle liti è stata sottoscritta da Enrico Tombini nella sua qualità di Consigliere di amministrazione della Società ricorrente, si rileva che dallo stesso certificato della CCIAA prodotto dalla controinteressata emerge che il suddetto Enrico Tombini è *“rappresentante dell’impresa”*, così come lo sono gli altri 3 Consiglieri e il Presidente del CdA; in relazione agli specifici poteri attribuiti al Consigliere di amministrazione Tombini è specificato, tra l’altro, il potere di partecipare ad appalti e ad ogni tipo di procedura di gara/trattativa per l’affidamento di contratti, presso qualunque soggetto e, in relazione ai *“poteri di gestione e rappresentanza in genere”*, è specificato il potere di *“rappresentare la società in giudizio dinanzi a qualsiasi magistratura in Italia o all’estero, compresi la suprema Corte di Cassazione, la Corte Costituzionale, la Corte dei conti, il Consiglio di Stato, in ogni stato e grado di giudizio; conferire e revocare mandati ad avvocati, procuratori e consulenti tecnici”*.

Non appare, dunque, contestabile che la procura relativa al ricorso in discussione sia stata rilasciata dal soggetto munito dei relativi poteri, con conseguente ammissibilità del ricorso stesso.

Tanto premesso in rito e passando al merito, i primi tre motivi di ricorso, che possono essere trattati unitamente essendo connessi sotto il profilo logico-giuridico, sono fondati e vanno accolti nei termini e per le ragioni di seguito precisate.

Come emerge dagli atti di gara prodotti in giudizio, la ricorrente ha compilato la propria offerta economica di cui all’Allegato E indicando, come ivi richiesto, il prezzo unitario offerto, cioè il costo del singolo defibrillatore proposto, pari ad euro 455,70, rispetto al prezzo unitario posto a base di gara e stabilito dall’Amministrazione in euro 1.000,00 per apparecchio; dunque, la ricorrente, nella proposizione della propria offerta economica, ha rispettato pienamente la legge di gara che, a tal proposito, prescriveva che *“L’Operatore deve compilare in ogni sua parte*

l'Allegato E – Scheda offerta economica, al netto di Iva, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze”: la ricorrente ha, dunque, correttamente indicato –come richiesto dall’Allegato E- il prezzo unitario del singolo defibrillatore offerto. Stryker, inoltre, ha indicato anche l’importo “totale offerta” quantificato in euro 683.550,00, importo che l’Allegato E non richiedeva espressamente di riportare; tale importo complessivo deriva semplicemente dall’applicazione del ribasso offerto dalla ricorrente sul singolo defibrillatore (455,70 euro rispetto alla base d’asta di 1.000,00 euro) sull’importo complessivo soggetto a ribasso e posto a base di gara per il Lotto 1, valore stabilito dall’Amministrazione in euro 1.500.000,00 (art. 3 Disciplinare). Ebbene, tale ulteriore indicazione (ribasso sull’importo complessivo posto a base di gara e soggetto a ribasso), per quanto non espressamente richiesta dal modulo denominato “Allegato E”, non è idonea ad inficiare l’offerta economica proposta da Stryker in quanto non vi è alcuna contraddizione tra il ribasso offerto sul singolo defibrillatore e quello (conseguente) indicato rispetto all’importo complessivo posto a base di gara e fissato dall’Amministrazione in euro 1.500,000,00.

La conferma degli importi riportati nell’Allegato E si rinviene anche nel Format del Portale, nel quale Stryker ha indicato un valore complessivo offerto pari ad euro 683.550,00 a fronte di un valore (complessivo) a base d’asta di euro 1.500.000,00.

Del resto, se l’importo complessivo a base di gara indicato (nel Disciplinare) dall’Amministrazione è pari ad euro 1.500.000,00 e l’importo del singolo defibrillatore è stato parimenti indicato dall’Amministrazione (nell’allegato E) in euro 1.000,00 (soggetto a ribasso), non pare possa dubitarsi che l’Amministrazione medesima abbia stimato una quantità complessiva di 1.500 unità, restando, sotto il profilo che qui interessa, irrilevante l’indicazione della quantità “iniziale” di 19 unità (art. 3 Disciplinare).

In buona sostanza, da entrambi i suddetti documenti emerge chiaramente che l'offerta di Stryker è stata di 455,70 euro per singolo defibrillatore e 683.550,00 euro su base complessiva (importo risultante dalla moltiplicazione di 455,70 euro per il numero complessivo di unità stimato in 1.500), per cui non risulta alcuna contraddizione né incertezza sull'effettiva offerta presentata dalla ricorrente, essendo stata applicata la stessa percentuale di ribasso.

In ogni caso - e il rilievo appare dirimente - ove l'Amministrazione avesse avuto effettivi dubbi circa gli importi indicati, avrebbe dovuto ricorrere al soccorso istruttorio per avere chiarimenti in merito.

A tal proposito giova ricordare che il comma 3 dell'art. 101 del D.Lgs n. 36 del 2023 dispone che *“La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica”*.

La giurisprudenza formatasi sulla precedente disciplina di cui all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, aveva già chiarito che il soccorso istruttorio è ammissibile non per integrare ma per precisare il contenuto dell'offerta, con un supporto di tipo formale e non sostanziale, che aiuti ad acquisire “chiarimenti da parte del concorrente che non assumono carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentire l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità” (*ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 6 febbraio 2024, n. 1307*). Di recente il Consiglio di Stato ha avuto modo di ulteriormente precisare che “l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale principio

antiformalistico che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano - laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti - in inutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa. In tale prospettiva, la regola - che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art 1, comma 2 bis legge n. 241/1990) - ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici il quale vi dedica (a differenza del Codice previgente (...)) una autonoma e più articolata disposizione (art 101 d.lgs. n. 36/2023) superando talune incertezze maturate nella prassi operativa (in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870). Pertanto, utilizzando tale disposto normativo in chiave teleologica ed in funzione esegetica dell'art. 83 comma 9 d.l.gs. 50 del 2016, secondo quanto già ritenuto da questa Sezione nel citato precedente (21 agosto 2023 n. 7870) è possibile distinguere tra: a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico); b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità

della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili); c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica; d) soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi (...) prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica” (*Consiglio di Stato, sez. Sez. V, 5 agosto 2024, n. 6961*).

Ebbene, al caso in esame appare senz'altro applicabile l'ipotesi del soccorso istruttorio “in senso stretto” di cui al comma 3 dell'art. 101 del D.Lgs n. 36/2023, atteso che l'Amministrazione, a fronte di dubbi o eventuali ambiguità dell'offerta economica (che, peraltro e come visto sopra, potevano risolversi con semplici calcoli matematici) avrebbe dovuto richiedere chiarimenti o spiegazioni alla concorrente al fine di ricercare l'effettiva portata dell'offerta, pervenendo ad esiti certi in ordine al

contenuto di essa e fermo restando, ovviamente, il divieto di apportarvi qualunque modifica sostanziale.

Sotto gli esposti profili, pertanto, le censure di parte ricorrente sono fondate e vanno accolte, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Sussistono giustificati motivi per compensare tra tutte le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Carpentieri, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere

Alessio Falferi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessio Falferi

IL PRESIDENTE
Paolo Carpentieri

IL SEGRETARIO