

Pubblicato il 04/02/2017

N. 00181/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00030/2017 REG.RIC.

 logo

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 Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 30 del 2017, proposto da:

SINI-MEDIK NIEDERREITER GMBH, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgia Lovecchio Musti in Torino, corso Galileo Ferraris 71;

contro

AZIENDA OSPEDALIERO-UNIVERSITARIA CITTÀ DELLA SALUTE E DELLA SCIENZA DI TORINO, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Di Palo e Luigi Bisi, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Torino, corso Bramante 88;

nei confronti di

EUROSETS S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Paola Balla,

con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Torino, corso Re Umberto, N. 77;

per l'annullamento

- del verbale della seduta di gara del 2.12.2016 e dei provvedimenti di esclusione (“..per mancanza della dichiarazione di offerta”) resi nei confronti della Sini Medik Niederreiter GmbH dalla procedura aperta per “l'affidamento della fornitura di sistemi a pressione negativa per la guarigione delle ferite, occorrenti all'A.O.U. Città della Salute e della Scienza di Torino per un periodo di ventiquattro mesi, eventualmente rinnovabile per un ulteriore periodo di dodici mesi” riferiti ai lotti di gara nn. 3 e 4;
- del provvedimento di esclusione della Sini Medik Niederreiter GmbH dal lotto 3 della procedura di gara bandita dall'A.O.U. Città della Salute e della Scienza di Torino;
- del provvedimento di esclusione della Sini Medik Niederreiter GmbH dal lotto 4 della procedura di gara bandita dall'A.O.U. Città della Salute e della Scienza di Torino;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del lotto di gara n. 3 reso in favore della Eurosets s.r.l. e dell'eventuale e non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitivo;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del lotto di gara n. 4 reso in favore della Eurosets s.r.l. e dell'eventuale e non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitivo;
- di tutti gli eventuali e non conosciuti atti e verbali successivi all'esclusione e inerenti la procedura oggetto di ricorso;
- della nota prot.n. 0123830/A.9.1.1 del 20.12.2016 con la quale l'A.O.U. Città della Salute e della Scienza di Torino ha respinto l'istanza di riammissione in autotutela proposta dalla ricorrente;

- ove occorra, del disciplinare di gara, ovvero dell'art. 16 e del punto 16.1 nella parte in cui, anche in evidente violazione dell'art. 46 del d.lgs. 163/06, richiedono a pena di esclusioni le dichiarazioni contenute nel modello “dichiarazione di offerta economica” allegato agli atti di gara;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali ai provvedimenti impugnati, non conosciuti, specie se menzionati nel presente atto;
- con declaratoria d'inefficacia del contratto di appalto, che sia stato o dovesse essere stipulato tra l'Azienda Ospedaliero Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino e la Eurosets s.r.l. per i lotti di gara nn. 3 e 4;
- con domanda di subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto di appalto ai sensi dell'art.121 c.p.a. per i lotti di gara nn. 3 e 4;
- nonché altresì, nell'ipotesi in cui non fosse possibile riconoscere il risarcimento in forma specifica, per il ristoro di tutti i gravi danni subiti dalla ricorrente in ragione della illegittimità dei provvedimenti impugnati con il presente ricorso, ovvero per il risarcimento per lucro cessante, danno emergente e danno curriculare e con riserva di ogni opportuna quantificazione nel corso del presente giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.O.U. Città della Salute e della Scienza di Torino e di Eurosets S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2017 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per la parte ricorrente l'avv. Bello; per l'amministrazione resistente gli avv.ti Di Palo e Bisi; e per la parte controinteressata l'avv. Balla.

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., in ordine ad una possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti di legge;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta indetta dall'A.O.U. "Città della Salute e della Scienza" di Torino con bando approvato il 10 febbraio 2016 e spedito per la pubblicazione il 16 febbraio 2016, per la fornitura di *"sistemi a pressione negativa per la guarigione delle ferite"*; gara suddivisa in 6 lotti da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un periodo di 24 mesi con eventuale rinnovo.

Con il provvedimento impugnato, la ricorrente è stata esclusa dai lotti nn. 3 e 4 per aver omesso di includere nella busta "C" relativa all'offerta economica, in relazione a ciascuno dei due lotti, la *"dichiarazione di offerta economica"*, così come prescritto *"a pena di esclusione"* dell'art. 16.1 del disciplinare di gara.

In particolare, questa norma così disponeva:

"In ciascuna busta "C - Offerta economica" relativa al lotto per il quale si presenta offerta, deve essere contenuta, a pena di esclusione, l'offerta economica, in regolare bollo, predisposta secondo i modelli allegati denominati:

a) Dichiarazione di offerta economica (da compilare per ogni lotto per il quale si presenta offerta");

(...)

d) *Offerta economica Lotto n. 3*

e) *Offerta economica Lotto n. 4;*

(...).

Aggiungeva la norma che *“Nel caso in cui l’impresa offerente preferisca rendere le dichiarazioni attraverso una modulistica personalizzata, sarà comunque tenuta a riportare, a pena di esclusione, tutte le dichiarazioni contenute nei moduli predisposti”*.

2. La ricorrente ha premesso la sussistenza del proprio interesse a ricorrere, evidenziando che un’eventuale riammissione in gara la vedrebbe aggiudicataria di entrambi i lotti in ragione del prezzo offerto, più conveniente di quello offerto dall’aggiudicataria provvisoria e tale da farle conseguire un punteggio complessivo maggiore di quello ottenuto dalla controinteressata.

Ha quindi dedotto le seguenti censure:

2.1) le dichiarazioni contenute nel “modulo di dichiarazione di offerta” allegato al disciplinare di gara sono state tutte rese dalla ricorrente, anche se non nella forma richiesta dal disciplinare: alcune di esse (costi della sicurezza aziendali) sono state rese all’interno delle “giustificazioni” contenute nella stessa busta C; altre (irrevocabilità dell’offerta per 180 giorni) sono state rese all’interno dell’offerta economica; tutte le altre sono state rese nella domanda di partecipazione alla gara, predisposta secondo il modello allegato al disciplinare e contenuta nella busta A “documentazione amministrativa”; trattandosi, quindi, di mancata presentazione di dichiarazioni formali e di stile, non di assenza di elementi essenziali, l’amministrazione non avrebbe potuto disporre l’esclusione; in caso contrario, la norma del disciplinare sarebbe illegittima per violazione

del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 D. Lgs. 163/2016;

2.2) in ogni caso, la stazione appaltante avrebbe potuto e dovuto esercitare il soccorso istruttorio.

3. Si è costituita l'A.O.U. Città della Salute e della Scienza di Torino, depositando documentazione e memoria difensiva, contestando il fondamento del ricorso ed eccependo l'inammissibilità dell'impugnativa della legge di gara, avendo la ricorrente accettato espressamente, partecipando alla gara, tutte le previsioni del capitolato e del disciplinare di gara.

4. Si è costituita la società controinteressata Eurosets s.r.l., aggiudicataria provvisoria dei lotti in contestazione, resistendo al gravame con memoria.

5. La difesa di parte ricorrente ha depositato note d'udienza, in replica alle deduzioni difensive dell'Amministrazione.

6. All'udienza in camera di consiglio del 31 gennaio 2017, dopo la discussione orale dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta dal collegio per la decisione con sentenza in forma semplificata, sussistendone i presupposti di legge e datone avviso ai difensori presenti.

7. Il collegio osserva quanto segue.

7.1. Giova premettere che la procedura di gara, bandita il 16 febbraio 2016, è soggetta *ratione temporis* alla disciplina del vecchio Codice dei Contratti (D. Lgs. 163/2016), il nuovo essendo entrato in vigore il 19 aprile 2016.

7.2. Inoltre, allo stato degli atti, alla luce di quanto rappresentato dalle parti, la procedura di gara è giunta alla fase della aggiudicazione

provvisoria, che per quanto attiene ai lotti di interesse è stata disposta in favore della concorrente Eurosets s.r.l. Non è stato ancora adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

8. Tanto premesso, il ricorso è infondato e va respinto.

8.1. L'art. 16.1 del disciplinare di gara prescriveva, *“a pena di esclusione”*, l'obbligo dei concorrenti di includere nella busta *“C – Offerta economica”* la propria offerta economica, contemplante sia l'*“offerta economica”* relativa al lotto di interesse, sia la *“dichiarazione di offerta economica”*. Aggiungeva che le dichiarazioni di offerta economica avrebbero dovuto essere rese utilizzando gli appositi moduli allegati allo stesso disciplinare, oppure attraverso una modulistica personalizzata, con la precisazione peraltro che, in quest'ultimo caso, la modulistica utilizzata avrebbe dovuto riportare, *“a pena di esclusione”*, tutte le dichiarazioni contenute nei moduli predisposti.

8.2. Il modello di *“dichiarazione di offerta economica”* allegato al disciplinare di gara richiedeva le seguenti dichiarazioni, a pena di esclusione:

- l'indicazione dei costi relativi alla sicurezza aziendale;
- la dichiarazione di irrevocabilità dell'offerta per 180 giorni dalla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (30.03.2016);
- la dichiarazione di *“aver preso visione e di accettare le clausole e condizioni riportate nella documentazione di gara, e comunque, di aver preso cognizione di tutte le circostanze generali e speciali che possono interessare l'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto del contratto e che di tali circostanze ha tenuto conto nella determinazione dei prezzi richiesti e offerti, ritenuti remunerativi”*;

- la dichiarazione di “essere a conoscenza e di avere tenuto conto, nella predisposizione dell’offerta, di tutte le circostanze ed interferenze generali e particolari che possano in qualsiasi modo influire sullo svolgimento delle attività e sulla determinazione dell’offerta, di tutte le condizioni contrattuali e degli obblighi ed oneri, nessuno escluso e eccettuato, stabiliti, oltre che nella documentazione di gara, dalla normativa in materia e di giudicare su tali presupposti la propria offerta pienamente remunerativa”;
- la dichiarazione di “avere ricevuto esaustive risposte e delucidazioni relativamente agli eventuali chiarimenti richiesti all’Azienda e di averne tenuto conto nella formulazione dell’offerta”;
- l’impegno “a rispettare tutte le disposizioni normative vigenti o che verranno emanate anche successivamente alla data di affidamento del contratto ottemperandovi nell’esecuzione dello stesso”.

8.3. E’ pacifico che la società ricorrente ha ommesso di inserire nella propria busta “C – Offerta economica” la dichiarazione di offerta economica: la busta recava, infatti, al suo interno, soltanto l’offerta economica, ma non la dichiarazione di offerta economica. Nel verbale della seduta pubblica del 2 dicembre 2016, la commissione giudicatrice ha dato atto di aver ricercato, per scrupolo, la predetta dichiarazione anche all’interno delle buste contenenti le giustificazioni delle offerte presentate dalla concorrente per i lotti nn. 3 e 4, ma di non averla trovata.

8.4. Osserva il collegio che tale omissione giustificava di per sé l’esclusione della concorrente dalla gara, alla luce di quanto previsto dall’art. 16.1. del disciplinare di gara, che prescriveva tale adempimento “*a pena di esclusione*”.

8.5. Si tratta di una previsione legittima, non contraria al principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara di cui all'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. n. 163/2006, in quanto diretta a sanzionare con l'esclusione dalla gara ipotesi di mancanza di *"elementi essenziali"* dell'offerta, primo fra tutti quello relativo all'indicazione degli oneri della sicurezza aziendali, espressamente prescritta dal modello di dichiarazione allegato alla legge di gara.

8.6. La tesi di parte ricorrente, secondo cui le dichiarazioni richieste dalla legge di gara sarebbero state rese da essa ricorrente, sia pure in contesti diversi della procedura di gara, non può essere condivisa. Essa, infatti, si pone in contrasto con la precisa (e legittima) prescrizione della legge di gara, che imponeva *"a pena di esclusione"* di allegare la dichiarazione di offerta economica all'interno dello stesso plico della busta C contenente l'offerta economica, quand'anche redatta secondo un modello personalizzato.

In particolare, gli oneri della sicurezza aziendale sono stati indicati dalla ricorrente soltanto all'interno delle *"giustificazioni"* dell'offerta, contenute in un diverso plico inserito all'interno della stessa busta C; tali giustificazioni non costituiscono parte integrante e sostanziale dell'offerta, essendo destinate ad essere esaminate dalla commissione di gara soltanto in una fase successiva a quella di valutazione delle offerte, e cioè in esito all'aggiudicazione provvisoria in sede di verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta. E difatti, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la commissione giudicatrice non ha affatto letto tali giustificazioni, ma ha soltanto verificato, per scrupolo, se la dichiarazione di offerta economica non fosse stata inserita per errore nel plico contenente le giustificazioni dell'offerta anziché – come prescritto – in quello recante l'offerta economica.

Non avendole trovate neppure in quel diverso plico, l'amministrazione ha disposto l'esclusione della concorrente, facendo corretta e doverosa applicazione della precisa prescrizione della legge di gara, che sanzionava tale omissione con la misura espulsiva.

La giurisprudenza citata dalla ricorrente nelle proprie difese non è pertinente al caso di specie, perché si è formata in relazione a procedure di gara in cui l'indicazione in offerta degli oneri della sicurezza aziendali non era prescritta dalla *lex specialis* a pena di esclusione, diversamente da quanto invece prescritto nel caso in esame (art. 16.1 disciplinare di gara).

8.7. In tale contesto, il soccorso istruttorio non era consentito, e giustamente non è stato esercitato dalla stazione appaltante, trattandosi di integrare dichiarazioni incidenti sulla corretta formulazione dell'offerta. E' noto, al riguardo, che "Il soccorso istruttorio non può essere utilizzato quale strumento di integrazione dell'offerta, risultando altrimenti lesivo della *par condicio* tra concorrenti" (da ultimo, Consiglio di Stato sez. V, 10 gennaio 2017 n. 39; Consiglio di Stato, sez. IV, 12 settembre 2016 n. 3847; T.A.R. Torino, sez. I, 18 dicembre 2015 n. 1773).

9. Alla luce di tali considerazioni, il ricorso va conclusivamente respinto.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente a rifondere all'amministrazione resistente e alla parte controinteressata le spese di lite, che liquida in € 2.000,00 (duemila) oltre IVA, CPA e accessori di legge in favore di ciascuna di esse.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Ariberto Sabino Limongelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Ariberto Sabino Limongelli

IL PRESIDENTE

Carlo Testori

IL SEGRETARIO