

Publicato il 11/04/2017

N. 00129/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00043/2017 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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 43 del 2017, proposto da:
società SCA Hygiene Products s.p.a, in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo
Salvemini ed elettivamente domiciliata nello studio dell'avv. Roberta
Pedrotti in Trento via Brennero n. 322;

contro

- Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente in carica,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Sabrina
Azzolini e Giuliana Fozzer, presso quest'ultima elettivamente
domiciliata nella sede dell'Avvocatura provinciale in Trento, piazza
Dante n.15;
- Agenzia provinciale per gli appalti e contratti (APAC) – servizio
procedure di gara e contratti dell'APSS di Trento, in persona del
legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

- Commissione tecnica di gara, in persona del Presidente in carica, non costituita in giudizio;

nei confronti di

società Serenity s.p.a, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Patelli, Ruggero Tumbiolo e Beatrice Tomasoni, presso quest'ultima elettivamente domiciliata in Trento, via Grazioli n. 5;

per l'annullamento

- della nota APAC – servizio procedure di gara e contratti dell'APSS, prot. n. PAT/RFSPGC 78878 del 10.02.2017, intitolata “istanza di riammissione – corrispondenza”, con il quale il dirigente del servizio ha comunicato alla ricorrente che “non sono emersi elementi che possano sostenere un provvedimento di revoca del provvedimento di esclusione e conseguentemente risulta inammissibile l'istanza di riammissione”;

- della nota APAC – servizio procedure di gara e contratti dell'APSS, prot. n. PAT/RFSPGC 39462 del 24.01 2017, intitolata “comunicazione pubblicazione verbali contenenti gli esiti di gara – lotto 1: dispositivi per incontinenza – Cig 66411545A6”, con la quale il dirigente del servizio ha comunicato alla ricorrente che “in data 17 gennaio 2017 si è svolta la terza seduta di gara e in data 20 gennaio 2017 si è svolta la prosecuzione della terza seduta stessa....in tale sede si è riscontrato che la Commissione incaricata della valutazione delle offerte tecniche ha espresso giudizio di non idoneità relativamente all'offerta presentata da codesta Ditta. A seguito dell'esclusione disposta dal Presidente del seggio di gara durante la seduta pubblica del 20 gennaio 2017, per le motivazioni riportate nei

verbali della Commissione tecnica.....non si è proceduto all'apertura della busta contenente la relativa offerta economica”;

- del verbale di seduta pubblica del seggio di gara del 20.01.2017, durante la quale, avendo il Presidente verificato che nell'allegato G presentato dalla società ricorrente non si rinvenivano le informazioni già dichiarate mancanti dalla Commissione tecnica, è stata disposta “l'esclusione della Ditta SCA Hygiene Products S.p.a. dalla procedura aperta....”;

- del verbale di seduta riservata della Commissione tecnica del 11.11.2016, durante la quale, in merito al lotto 1, la Commissione ha rilevato che la ricorrente, in merito al requisito minimo del CAM previsto al punto 3.1.1.1. – fornitura di prodotti costituiti da pasta di cellulosa proveniente da foreste gestite in maniera responsabile - del Capitolato tecnico, “non ha dichiarato il peso complessivo della fornitura in Kg, al netto della categoria di cui alla lettera B della Tabella 1 dello stesso Capitolato tecnico, e che almeno il 30% di tale peso corrisponda allo stesso CAM, non indicando la somma di pezzi riferiti alle categorie merceologiche della sopracitata Tabella a cui la percentuale del 30% fa riferimento, come invece specificato anche nella risposta al chiarimento n. 23 di data 19 maggio 2016 (prot. 73744)” ed ha proposto alla Commissione l'esclusione;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'art. 120, comma 2 bis, 6 bis e 9, del cod. proc. amm;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento e della società Serenity;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il cons. Paolo Devigili e uditi per la ricorrente l'avv. Leonardo Salvemini, per la Provincia di Trento l'avv. Giuliana Fozzere e per la controinteressata l'avv. Ruggero Tumbiolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Premesso che:

- con bando di data 18 aprile 2016 la Provincia autonoma di Trento ha indetto una procedura aperta, sopra soglia comunitaria, per la conclusione di una convenzione destinata alla fornitura di dispositivi, monouso e pluriuso, per l'incontinenza e per l'igiene personale, destinati alle aziende pubbliche dei servizi alla persona (APSP) operanti nel territorio provinciale, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi degli artt. 16 e 17 della L.p. 9 marzo 2016 n. 2;

- la lex specialis - per quanto qui di interesse - ha previsto per il lotto 1 che nella busta A del plico contenente l'offerta, i candidati avrebbero dichiarato, utilizzando un apposito modulo (allegato G), il rispetto dei criteri ambientali minimi (CAM) per l'acquisto di ausili per l'incontinenza di cui al d.m. 24 dicembre 2015 n. 94977, il quale detta specifiche tecniche particolari per le forniture in questione, stabilendo che i prodotti offerti debbano essere *“costituiti da pasta di cellulosa proveniente da foreste gestite in maniera responsabile”* secondo dettagliate percentuali, nonché muniti di etichette rilasciate a seguito di verifica condotta da organismi di certificazione riconosciuti,

mentre nella documentazione da allegare sub 4 all'offerta tecnica, da inserire nella busta B, i concorrenti avrebbero fornito "idonea documentazione" per consentire la verifica del possesso dei requisiti ambientali minimi, secondo quanto già dichiarato nell'allegato G.

- alla procedura per l'aggiudicazione di tale lotto hanno partecipato quattro concorrenti, e per due di questi (società Faber e Santex) le operazioni della Commissione sono proseguite fino alla compiuta disamina delle rispettive offerte tecniche, al cui esito è stata disposta l'esclusione di entrambe per non aver raggiunto il punteggio minimo richiesto con la soglia di sbarramento, mentre per le altre due partecipanti, e cioè l'odierna ricorrente e la società Serenity s.p.a., la Commissione, dopo aver esaminato la documentazione allegata, ha interrotto le proprie operazioni, rilevando, quanto all'offerta di SCA Hygiene Products di non aver prodotto idonea documentazione per consentire la verifica del possesso dei requisiti minimi richiesti relativi al CAM, con ciò dapprima proponendo l'esclusione nella seduta dell'11 novembre 2016, di poi sospendendo ogni decisione in vista di un approfondimento giuridico, successivamente disponendo la definitiva esclusione nel corso della seduta pubblica del 23 gennaio 2017 ed infine rigettando l'istanza volta ad ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione. Quanto alla società Serenity, il provvedimento di esclusione, impugnato con ricorso a parte, è stato adottato per la mancata indicazione, all'interno delle schede tecniche, dei dati riguardanti la velocità di assorbimento, il rilascio di umidità e l'assorbimento specifico, con riferimento alle taglie M e L delle fasce per incontinenza diurna, notturna e pesante notturna del pannolone a cintura per incontinenza.

2. Rilevato che la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo con il primo motivo l'eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, irragionevolezza, illogicità, sproporzionalità ed ingiustizia, posto che le disposizioni della *lex specialis* sarebbero prive del necessario coordinamento e che - comunque - il deficit della documentazione, da allegare a comprova di quanto già dichiarato, non comporta l'esclusione dell'offerta, invero per tale aspetto non prevista, e con il secondo motivo il mancato esperimento del soccorso istruttorio, da ritenersi esteso a qualsiasi elemento formale dell'offerta, in conformità ai principi affermatasi nella vigenza del d.lgs. 12 aprile 2016 n. 163, applicabili al caso di specie pur al cospetto dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 (nuovo codice degli appalti), laddove temporalmente ritenuto applicabile.

3. Considerato che le suesposte censure sono state contestate dalla difesa dell'amministrazione provinciale (ed in parte dalla controinteressata) che, ritenendo applicabili - *ratione temporis* - esclusivamente le disposizioni del nuovo Codice appalti, ha osservato che il comma 9 dell'art. 83 dello stesso precluderebbe la possibilità di esperire il soccorso istruttorio per quanto attiene le carenze dell'offerta tecnica.

4. Ricontrato che:

- alla data di indizione del bando (18 aprile 2016) era già vigente la Legge provinciale 9 marzo 2016 n. 2, entrata in vigore il 16 marzo 2016, recante titolo "*Recepimento della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, e della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici: disciplina delle procedure di appalto e di concessione di lavori, servizi e forniture e*

modificazioni della legge provinciale sui lavori pubblici 1993 e della legge sui contratti e sui beni provinciali 1990. Modificazione della legge provinciale sull'energia 2012", con la quale (art. 1) sono state introdotte norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture affidati dall'amministrazione provinciale e dagli enti locali, ai fini del recepimento nell'ordinamento provinciale - nei limiti delle competenze legislative - delle direttive europee rubricate in titolo;

- gli artt. 22, comma 6, e 23 della predetta legge, nell'edizione vigente al momento del bando regolante la gara e rimasta inalterata fino alle modifiche introdotte con la successiva L.p n. 19 di data 19.12.2016, quanto al soccorso istruttorio espressamente disponevano che *"nei casi di mancanza, d'incompletezza e di ogni irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, ai regolamenti, al bando o al disciplinare di gara, l'amministrazione aggiudicatrice 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"*, e che solo *"in caso d'inutile decorso del termine assegnatogli il concorrente è escluso dalla gara"*.

5. Ritenuto che nell'ampio spettro applicativo del soccorso istruttorio individuato e regolamentato dalla surriferita norma legislativa, ricomprendente - come visto - i casi di mancanza, oltre che di incompletezza, degli elementi richiesti nel bando o nel disciplinare, rientra anche il deficit documentale dell'offerta presentata dalla ricorrente, viepiù considerando che questo non inerisce alle relazioni tecniche oggetto di valutazione e di assegnazione dei punteggi (parti 2 e 3 dell'offerta tecnica) da attribuirsi, ma riguarda i separati allegati (individuati nella parte 4),

destinati solo a consentire la verifica del possesso dei requisiti ambientali minimi (CAM), e dunque a comprovare quanto già dichiarato dalla concorrente con la compilazione dell'allegato G, non potendosi inoltre certamente trascurare che, significativamente, la *lex specialis* non ha previsto per tale incompletezza documentale la "sanzione" dell'esclusione dell'offerta.

6. Osservato che la ricorrente ha corredato l'istanza volta ad ottenere l'annullamento dell'esclusione con documentazione a suo dire idonea a sopperire alla carente dimostrazione dell'effettivo possesso dei requisiti ambientali minimi, e che tale istanza è stata pregiudizialmente rigettata dall'amministrazione senza procedere ad alcuna effettiva disamina della documentazione così inoltrata, di talché va pure richiamato l'orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. di Stato, sez. III, 2 marzo 2017 n. 975) secondo cui da un lato è necessario distinguere le lacune formali dell'offerta dall'effettiva carenza sostanziale del requisito richiesto, e dall'altro che il concorrente interessato può utilmente assolvere all'onere dimostrativo esibendo all'amministrazione la documentazione carente, per consentirle di effettuare le dovute verifiche;

7. Considerato, inoltre, che nella fattispecie non ostava (e non osta) all'esperimento del soccorso istruttorio il principio di immutabilità delle offerte, posto che queste erano già state depositate da entrambe le concorrenti rimaste in gara, e neppure quello della segretezza, atteso che per le medesime non era neppure iniziata la fase valutativa da parte della Commissione, che difatti ha arrestato la propria attività in un momento precedente alla loro disamina;

8. Osservato, altresì, che l'esperimento del soccorso istruttorio non determinerebbe in esito alla rinnovazione della gara alcuna lesione

del principio della par condicio, atteso che due delle iniziali concorrenti sono state già escluse senza contestazioni, e che le rimanenti due, fra cui la ricorrente, fanno valere, nei rispettivi ricorsi discussi nella medesima udienza odierna, censure fra loro analoghe.

9. Considerato inoltre che la tesi opposta dalla stazione appaltante comporterebbe la mancata prosecuzione della gara, giunta ormai ad un'avanzata fase di svolgimento, mentre il (legittimo) esperimento del soccorso istruttorio può consentire di addivenire rapidamente alla conclusione della procedura e all'aggiudicazione del lotto, nel rispetto dei principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 2 Legge n. 241/1990).

10. Ritenuto in conclusione che, per le suesposte ragioni, il ricorso in esame va accolto per la fondatezza del secondo motivo, da ciò conseguendo l'annullamento degli atti impugnati a partire dalla mancata concessione del soccorso istruttorio con riguardo alla documentazione richiesta a comprova del rispetto dei requisiti ambientali minimi (CAM) richiesti dal bando ed alla corrispondenza con quanto dichiarato dalla ricorrente nell'allegato G alla propria offerta, salvi gli ulteriori adempimenti previsti dall'art. 23 della L.p. n. 2/2016 per consentire l'integrazione della documentazione necessaria, fermo restando naturalmente ogni ulteriore valutazione dell'amministrazione in ordine alla congruità e completezza della stessa.

11. Ritenuto altresì che la particolarità e complessità della fattispecie giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio, residuando a carico della Provincia autonoma di Trento la rifusione del contributo unificato a favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di giudizio, salva a carico dell'Amministrazione la rifusione alla ricorrente del contributo unificato.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Paolo Devigili, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Devigili

IL PRESIDENTE
Roberta Vigotti

IL SEGRETARIO